

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

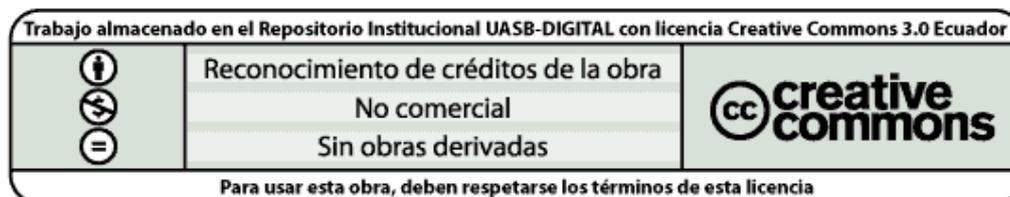
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Aspectos jurídicos de la contratación integral por precio fijo
en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación
Pública**

Juan Ramón García de Mora

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de monografía

Yo, Juan Ramón García de Mora, autor del trabajo titulado “ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, 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 con 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 Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, febrero del año 2016

Juan Ramón García de Mora

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Aspectos jurídicos de la contratación integral por precio fijo en la Ley
Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Autor: Juan Ramón García de Mora

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso M.Sc.

Quito, 2016

Resumen

El presente trabajo de investigación, tiene por objetivo de estudio la modalidad de contratación integral por precio fijo, novedad instaurada con la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.395 de 04 de agosto de 2008, modalidad contractual cuyo desarrollo ha sido por decir lo menos exiguo frente a la serie de condicionamientos que se establecen y a la confusión que la propia ley crea al regularla como un procedimiento especial para luego referirla a la licitación que es un procedimiento común.

Dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es necesario distinguir lo que es un procedimiento contractual de lo que es una modalidad o tipo contractual, en la práctica un contrato de obra de infraestructura se puede dar bajo la modalidad conjunta o diferenciada de precio fijo, suma global o precios unitarios, cuestión relevante que define las responsabilidades y riesgos que asumen las partes, pues para el contratista y el Estado no será lo mismo contratar una obra a precio fijo que a precios unitarios, situación que debe ser debidamente analizada.

La incorporación de la modalidad de contratación integral por precio fijo, no ha tenido los resultados esperados, frente a esta situación es necesario analizarla en el marco de los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, haciendo una distinción entre la contratación integral por precio fijo y el procedimiento de licitación al que se la remite para la selección del contratista.

La investigación consta de tres capítulos donde se aborda en el marco del Derecho administrativo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, los elementos, características y requisitos de la licitación y, del contrato administrativo, género al que pertenece la contratación integral por precio fijo con sus propios requisitos y particularidades que se determinan, entre otras cosas, por la modalidad de pago, la prohibición de reajuste de precios o el establecimiento de contratos complementarios, así como la responsabilidad y el riesgo que asume el contratista. Lo que se sustenta en el estudio de casos concretos relacionados a la problemática planteada y los criterios doctrinarios pertinentes.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi abuelo Juan de Mora quien fue mi apoyo durante el tiempo que curse mis estudios; por sus invalorables palabras de aliento en los momentos difíciles; por sus enseñanzas, que me permitieron clarificar mis dudas y continuar con el camino y por su amor que es mi mayor fuente de inspiración.

Agradecimiento

Al finalizar un trabajo arduo y lleno de dificultades como el desarrollo de una tesis es inevitable que te asalte un muy humano egocentrismo que te lleva a concentrar la mayor parte del mérito en el aporte que has hecho. Sin embargo, el análisis objetivo te muestra inmediatamente que la magnitud de ese aporte hubiese sido imposible sin la participación de personas e instituciones que han facilitado las cosas para que este trabajo llegue a un feliz término.

Por ello, es para mí un honor utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos. Debo agradecer de manera especial y sincera al Doctor Genaro Eguiguren por aceptar la dirección de esta tesis. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mí accionar como investigador. Las ideas propias, siempre enmarcadas en su orientación y rigurosidad, han sido la clave del buen trabajo que hemos realizado juntos, el cual no se puede concebir sin su siempre oportuna participación.

Quiero expresar también mi más sincero agradecimiento al Doctor Fernando Proaño por su importante aporte y participación activa en el desarrollo de esta tesis. Debo destacar, por encima de todo, su disponibilidad y paciencia que hizo que nuestras siempre acaloradas discusiones redundaran benéficamente tanto a nivel profesional como personal. No cabe duda que su participación ha enriquecido el trabajo realizado y, además, ha significado el surgimiento de una sólida amistad.

Y, por supuesto, el agradecimiento más profundo y sentido va para mi familia. Sin su apoyo, colaboración e inspiración habría sido imposible llevar a cabo esta meta. A mi esposa Mariela López, por su apoyo incondicional; mi madre, Tatiana De Mora, por su ejemplo de lucha y honestidad; a mi abuela Mary Astudillo, por ser un ejemplo de valentía, capacidad y superación...por ellos y para ellos!

Finalmente, debo agradecer a la Universidad Andina Simón Bolívar, por brindarnos un espacio para desarrollar nuestras capacidades y permitirnos desde este lugar generar aportes en beneficio de la sociedad.

Esquema de contenidos

Introducción	11
Capítulo Primero	18
De la contratación integral por precio fijo	18
1.1. Elementos del contrato administrativo.....	19
1.1.1 El sujeto	20
1.1.2 El consentimiento.....	21
1.1.3 El objeto	21
1.1.4 La causa	22
1.1.5 La forma.....	23
1.1.6 La finalidad pública	24
1.2. Características del contrato administrativo.....	24
1.2.1 Formalidad y control.....	24
1.2.2 Limitación de la libertad	26
1.2.3 La desigualdad de las partes y las cláusulas exorbitantes.....	26
1.2.4 La intervención personal del contratista e intransferibilidad del contrato...	29
1.3. Requisitos del contrato administrativo.....	30
1.3.1. La competencia del órgano de contratación.....	30
1.3.2. La capacidad del adjudicatario.....	31
1.3.3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones.....	33
1.3.4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.....	33

1.3.5. Los requisitos de la LOSNCP para la contratación integral a precio fijo...	34
Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios	35
Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación	36
Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico	36
Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados	37
1.4. Incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los contratos a precio fijo	39
1.4.1 El principio de legalidad	39
1.4.2. Principios de igualdad, concurrencia y trato justo	39
1.4.3. Principios de publicidad y transparencia.	40
1.4.4. Principios de vigencia tecnológica y participación nacional.	42
1.4.5. Principio de oportunidad.....	42
1.4.6. Principio de equilibrio económico	43
Análisis de la asignación de riesgos y responsabilidades	44
Capítulo Segundo.....	51
Procedimiento a seguir para la contratación integral por precio fijo	51
2.1. La Licitación	54
2.1.1. Elementos.....	56
2.1.2. Características	60
2.2. Incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Procedimiento de Licitación	63
2.2.1. Legalidad.....	63

2.2.2. Trato justo	64
2.2.3. Igualdad.....	64
2.2.4. Calidad	65
2.2.5. Vigencia tecnológica.....	66
2.2.6. Oportunidad	66
2.2.7. Concurrencia	67
2.2.8. Transparencia.....	68
2.2.9. Publicidad	68
2.2.10. Participación nacional.....	70
Capítulo Tercero	72
Aplicación del procedimiento especial de contratación integral por precio fijo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	72
3.1. Análisis del único caso de contratación integral por precio fijo	74
3.2. Otros casos de contratación por precio fijo o suma global	76
3.2.1. Coca-Codo Sinclair.....	77
3.2.2. El Tigre	79
3.2.3. Manduriacu	80
3.2.4. Mazar-Dudas.....	82
3.2.5. Minas-San Francisco.....	84
3.2.6. Quijos.....	86
3.2.7. Paute-Sopladora	88
3.2.8. Toachi-Pilatón contrato de construcción de las obras civiles	90
3.2.9. Puente San Pedro y Chiche	91
Conclusiones y Recomendaciones	94
Conclusiones	94
Recomendaciones	96
Bibliografía	97

ANEXOS 100

Introducción

Haciendo un comparativo entre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública "LOSNC" vigente, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.395 de 04 de agosto de 2008, y la derogada Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No.501 de 16 de agosto de 1990; sustituida por la Codificación No.000, publicada en el Registro Oficial No.272 de 22 de febrero de 2001, encontramos diferentes tipos de procedimientos que el Estado a través de sus entidades utilizaban y utilizan para contratar la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, incluyendo la LOSNC los de consultoría.

Los procedimientos establecidos en la derogada Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No.501 de 16 de agosto de 1990; sustituida por la Codificación No.000, publicada en el Registro Oficial No.272 de 22 de febrero de 2001, eran: (i) como procedimientos comunes a) la Licitación y b) el Concurso Público de Ofertas; (ii) un régimen de excepción señalado en el Artículo 6; y (iii) como procedimientos especiales a) la adquisición de bienes inmuebles b) el arrendamiento de bienes inmuebles y c) los contratos financiados con préstamos internacionales.

Los procedimientos establecidos en la LOSNC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.395 de 04 de agosto de 2008, son (i) como procedimientos dinámicos a) las Compras por Catálogo y b) la Subasta Inversa; (ii) como procedimientos que podemos llamarlos comunes a) la Licitación, b) la Cotización, c) la Menor Cuantía y d) la Ínfima Cuantía –este último procedimiento es agregado en la LOSNC por la Ley No.0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013–; (iii) como procedimientos especiales a) Contratación Integral por Precio Fijo, b) Contrataciones en Situaciones de Emergencia, c) la adquisición de bienes inmuebles y d) el arrendamiento de bienes inmuebles; (iv) como procedimientos de consultoría a) la Contratación Directa, b) Lista Corta y c) Concurso Público y (v) un régimen de especial señalado en el Artículo 2.

Distinguiéndose los tipos de procedimientos en ambas leyes, en los Títulos V y IV respectivamente, sin embargo al referirse a los contratos no encontramos un capítulo o sección que trate específicamente las modalidades contractuales como la contratación por precios unitarios o la contratación por suma global o precio fijo, más aún las dos leyes citadas en capítulos como en el Reajuste de Precios, señalan que éste no será aplicable cuando el contrato sea por Precio Fijo siendo necesario establecer dentro de la LOSNC una distinción

entre lo que es un procedimiento contractual y lo que es una modalidad o tipo contractual.

La vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública agregó nuevos procedimientos de contratación a los cuales las entidades del Estado deben sujetarse. Estos nuevos procedimientos engloban a más de una serie de características especiales que en la Ley de Contratación Pública derogada no se contemplaba, ciertos aspectos jurídicos que deben ser analizados con el objetivo de aplicar de la manera más adecuada los nuevos procedimientos.

Uno de los nuevos procedimientos de contratación previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la Contratación Integral por Precio Fijo, que podría ser considerada de acuerdo a la nueva Ley como un procedimiento especial. Este procedimiento de contratación tiene varias aristas que deben ser tomadas en cuenta para su adecuada aplicación cuando utiliza como base para la selección de un posible contratista el procedimiento de Licitación que está establecido en el Título III Capítulo III de la Ley. Sin embargo la Licitación es un procedimiento de contratación que se utiliza cuando: (i) fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; (ii) para contratar la adquisición de bienes O servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial] sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, (iii) para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La Contratación Integral por Precio Fijo por su parte es un procedimiento que se utiliza únicamente para celebrar contratos de infraestructura (obra), cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos: 1.- Si del análisis previo, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; 2.- Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación; 3.- Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 4.- Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

En primer orden existe una confusión entre un procedimiento de selección de un potencial contratista como es la Licitación, con sus características y requisitos propios para llevarse a cabo, y una modalidad contractual como es la contratación integral por Precio Fijo con sus características y requisitos propios siendo característica de este tipo contractual aquella que establece que los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

Por otro lado la concurrencia es uno de los principios básicos de la contratación pública y que está plasmado principalmente en la Licitación puesto que con la concurrencia del mayor número de participantes se podrá obtener mejores opciones de selección. Sin embargo la concurrencia puede estar limitada cuando se requiera gran especialización y un patrimonio con el que sólo pueden contar grandes empresas. En la contratación integral a precio fijo se debe cumplir con ciertos requisitos propios que podrían limitar una amplia participación. Esa participación limitada contradice lo que dice Rafael Bisela sobre la Licitación "La Licitación se aplica como el sistema más utilizado no solamente por consideraciones económicas y jurídicas, sino también morales y éticas"¹

El principio de concurrencia, conocido también en la doctrina como de oposición, tiene por objeto la participación del mayor número de oferentes, quienes al cumplir con los requisitos precontractuales permiten la elección de la propuesta más ventajosa para los fines institucionales. Para obtener las mejores condiciones es preciso llamar al mayor número de competidores. Este es uno de los principios principales que rige la contratación pública y hace diferencia de la privada.

Este principio puede sufrir ciertas restricciones, puede darse el caso de que los oferentes reúnan determinadas condiciones. Se podrá exigir así que los oferentes cumplan con la capacidad requerida para la construcción de una obra de infraestructura la cual requiere de experiencia justificada en la ejecución de obras de similar magnitud, disponibilidad de maquinaria, lo que requiere años, y altos montos de contratación que constituirán limitantes para las empresas medianas y de reciente formación.

La celebración de los contratos por parte del Estado no opera dentro de una absoluta libertad como sucede en el caso de los contratos celebrados por los particulares, en virtud de los requisitos a los cuales se ven sometidos los oferentes y contratistas frente al Estado, requisitos de fondo y forma que tienen que ver tanto con su capacidad operativa como la

¹ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Editorial la Ley, 1994), 81

forma del contrato y el procedimiento de selección de los mismos.

Los autores discrepan entre las acepciones de contrato administrativo, y por lo tanto en la facultad que tiene el Estado de controlar dichas actuaciones. Por un lado, encontramos la posición alemana, sustentada por Otto Mayer, que contempla al contrato administrativo como un acto unilateral² y por lo tanto sometido al control interno mismo de la Administración, más otros autores, especialmente argentinos establecen que el contrato es un acto bilateral de voluntad común³.

Nicolás Granja Galindo citando a Dromi señala que “el contrato de la administración es un acto de declaración de voluntad común productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función Administrativa y un particular u otro ente estatal”⁴

Ciro Nolberto Guechá Medina sobre el contrato administrativo dice:

En el derecho español, al contrato administrativo se le otorga el carácter de acto administrativo, incluso, se le identifica como un acto unilateral con aceptación, tomando como referencia que el contrato se perfecciona con el acto de adjudicación, el cual es unilateral porque en el mismo interviene únicamente la voluntad de la administración, pero necesita la voluntad del particular contratista o co-contratante como se le denomina en el sistema ibérico; por su parte en el sistema jurídico francés, se le otorga al contrato la naturaleza de acto administrativo negociado.⁵

La LONSCP define “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”⁶, el contrato administrativo es una expresión bilateral de voluntades y por ende difiere de un procedimiento precontractual de selección como es la Licitación, Manuel Diez al respecto dice:

La Licitación no es un contrato ni tampoco un acto sino que es un conjunto de actos, podemos decir que es un procedimiento administrativo y de este nace el vínculo contractual. Es un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos que tiene por objeto determinar la oferta más ventajosa de la cual surge el vínculo contractual al finalizar el procedimiento con la resolución de adjudicación notificada al interesado⁷
Por su parte, Rodrigo González Sandoval destaca que:

² Cfr, Orto Mayer, “Derecho Administrativo Alemán”, en Rubén Flotes Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo 77, (Montevideo: Editorial B de F, 2007), 261.

³ Cfr, Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: 2001) 360-361. En el mismo sentido habla Flores, “Manual de Derecho Público”, 262.

⁴ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 3ª Ed (Loja: Editorial UTPL, 2005), 329

⁵ Ciro Nolberto Guechá Medina, “Los atributos de los actos administrativos unilaterales, son aplicables a los contratos administrativos”, *Diálogos de Saberes*, 227 – 237, No.34, Enero – Junio de 2011, 235. <file:///C:/Users/hbgm/Downloads/Dialnet-LosAtributosDeLosActosAdministrativosEstrictamente-3718289.pdf>

⁶ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial, Suplemento No.395 (Quito, 04 de agosto de 2008), art.60. En adelante se cita como LOSNCP

⁷ Manuel Diez, *El acto administrativo*, (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1993), 10.

La celebración de contratos administrativos se encuentra precedida de un conjunto de actos y reglas conocidas como Procedimiento Administrativo [...] este procedimiento será obligatorio para la Administración Pública cuando la ley que regula la materia así lo ordene, ya que constituye un requisito formal del contrato que se adjudique como consecuencia del procedimiento de selección del contratante de la administración, y si éste no se lleva a cabo, daría paso a la nulidad absoluta del contrato⁸.

En la misma línea Manuel Lucero Espinosa, señala que:

La celebración de los contratos administrativos que realiza la Administración está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual, servirá para seleccionar a su contratante [...] tal procedimiento, como requisito formal del contrato a celebrarse, es obligatorio para la Administración cuando el ordenamiento jurídico así lo señale, ya que de no llevarse a cabo daría lugar a la nulidad absoluta del contrato respectivo.⁹

Por otra parte Rafael Martínez Morales citado por Rafael Alejandro Manzano Ortega define al procedimiento administrativo como “una serie coordinada de medidas tendientes a producir y ejecutar un acto administrativo”¹⁰ para Gabino Fraga citado por el mismo autor el procedimiento administrativo es un “conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo”¹¹, consecuentemente dice Manzano Ortega respecto del procedimiento administrativo que este “constituye un instrumento necesario para la producción de los actos de la administración, puesto que él mismo es el que le va a dar la condición de validez formal a éstos, ya que de no seguirse el procedimiento previsto por el ordenamiento legal, el acto que se llegue a producir estará afectado de ilegalidad por vicios de procedimiento”¹²

Está clara la diferencia que la doctrina hace entre un Contrato Administrativo y un Procedimiento Administrativo, creando la Ley vigente una confusión entre los conceptos doctrinales al establecer una modalidad de contratación por precio fijo y catalogarla como un procedimiento especial, para finalizar seleccionado al proveedor por un mecanismo como es la Licitación y que consta en otro Título de la Ley, diferente al de la Contratación Integral por Precio Fijo como sucede en la LONSCP.

La existencia de una Ley que prevea los procedimientos que las entidades del Estado deban aplicar para la selección de sus contratistas es fundamental, sin embargo la expedición

⁸Rodrigo González Sandoval, *La licitación pública y el contrato administrativo* (México: Editorial Porrúa, 2008), 52

⁹ Manuel Lucero Espinosa, *La licitación pública*, 4ª. Ed (México: Editorial Porrúa, 2009), p.3

¹⁰Rafael Martínez Morales, “Derecho administrativo, Diccionarios jurídicos temáticos”, 2ª.Ed., t.3, (México: Oxford), 203 en Rafael Alejandro Manzano Ortega, *La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa*, (México: Editorial Porrúa, 2004), 7.

¹¹ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, (México: Porrúa, 1984), 255 en *Ibíd.*, 8

¹²*Ibíd.*

de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el 2008 trajo consigo una serie de innovaciones, entre ellas el procedimiento precontractual denominado Contratación Integral por precio Fijo que posee ciertas características que motivan las siguientes interrogantes: Cuáles son los efectos prácticos y jurídicos que se suscitarán en las entidades contratantes al confundir un procedimiento precontractual con una modalidad contractual? ¿Es pertinente y funcional que se utilice un procedimiento precontractual como la Licitación para aplicar otro procedimiento precontractual como la Contratación Integral por Precio Fijo? ¿¿Qué tipo de potenciales consecuencias jurídicas pueden suscitarse a futuro por dicha medida establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Esta investigación busca dar una mejor perspectiva de análisis así como también algunos elementos de juicio para enfrentar estos problemas en el Ecuador y así mismo busca algunas alternativas que permitan aplicar eficientemente los procedimientos precontractuales y seleccionar un tipo contractual acorde a las nuevas reglas que ha establecido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La pretensión del presente trabajo investigativo es analizar el marco jurídico actual en materia de contratación pública y proponer la mejor fórmula de aplicación de la Licitación como un procedimiento precontractual y el contrato a precio fijo como un tipo o modalidad de contrato.

Para el efecto en el capítulo primero se aborda el tema de la contratación integral por precio fijo: sus elementos, características y requisitos, determinándose que se trata de una modalidad contractual sujeta a requerimientos generales y particulares referentes a un tipo de contrato, el de obra.

En el capítulo segundo, se refiere al procedimiento a seguir para la contratación integral por precio fijo donde se hace un análisis exhaustivo respecto de la licitación: sus elementos y características así como de la incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el procedimiento precontractual especial de contratación integral por precio fijo, de esta forma se establece las diferencias que conlleva hablar de procedimiento y tipo o modalidad contractual.

Por último el capítulo tercero siendo el eje principal de la investigación hace referencia a la aplicación del procedimiento especial de contratación integral por precio fijo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública haciéndose para el efecto un análisis respecto del único caso de contratación integral por precio fijo así como de otros casos de contratación por precio fijo o suma global bajo un esquema de integralidad que se han dado a

partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mismos que no están regulados dentro de la ley y obedecen a la aplicación de regímenes especiales de conformidad con lo que establece el artículo 2 numeral 8 y 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concluyendo el trabajo de investigación con las respectivas conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos correspondientes.

Capítulo Primero

De la contratación integral por precio fijo

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) que derogó a la Ley de Contratación Pública dentro de los actuales procedimientos que el Estado debe utilizar a través de sus entidades para contratar la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios incluidos los de consultoría, discrimina básicamente tres tipos de procedimientos generales: los procedimientos dinámicos, los procedimientos comunes entre los cuales se encuentra la licitación y los procedimientos especiales que comprenden cierto tipo de contrataciones, dentro de las cuales se encuentra la contratación integral por precio fijo, por otra parte el artículo 2 de la Ley establece un régimen especial que viene a dejar de lado la normativa dispuesta por la LOSNCP y al cual se someten los procedimientos precontractuales de cierto tipo de contrataciones como aquel que se aplica al giro específico del negocio establecido en el numeral 8 del señalado artículo, régimen al cual se han sometido grandes proyectos de infraestructura sobre todo hidroeléctricos a los cuales se referirá el presente trabajo en el capítulo 3, que sin regirse a los dispuesto por la LOSNCP para la contratación integral por precio fijo han sabido combinar indistintamente algunos de sus elementos, en igual sentido es importante destacar lo dispuesto por el artículo 3 de la LOSNCP que determina que en los contratos financiados con préstamos y cooperación internacional como es el caso en general de la grandes obras de infraestructura que podrían someterse a la modalidad de contratación integral por precio fijo “se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.”, actuando de esta forma la LOSNCP tan solo como una norma supletoria.

La contratación integral por precio fijo es un tipo de contrato que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, malhadadamente lo ubica dentro de los procedimientos especiales para luego remitirse el artículo 54 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Capítulo II del Título III que trata sobre la licitación, que de paso se reitera comprende un procedimiento común que se lleva a cabo para la selección del contratista y nada más, de esta forma se confunde en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que es procedimiento con lo que es un contrato.

En el Ecuador no existe estudio alguno que se refiera a la contratación integral por precio fijo, a la doctrina como a la academia en nada a interesado el tema, sin que exista

jurisprudencia al respecto, o al menos estudios de derecho comparado, la problemática está planteada, dadas las características particulares que le imprime la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a este “tipo de contratos” que se asemejan en mucho a aquellos que la doctrina llama de “llave en mano”, sin embargo se aparta de sus formas clásicas estableciéndose una serie de requisitos que en la práctica no han permitido su cabal desarrollo en el ámbito de la contratación pública, regida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aun cuando el tipo de contrato se muestra como atractivo a los intereses estatales en razón de que el riesgo se traslada hacia el contratista no es menos cierto que el precio se incrementará como resguardo frente a la incertidumbre que siempre lleva consigo proyectos de gran envergadura, para los cuales está destinado el uso de este tipo de contratos, por otra parte si bien el éxito del contratista y su ganancia no pueden asegurarse, si cabe asegurar el cumplimiento de principios como el del equilibrio económico por el cual ambas partes deben salir ganando pues la pérdida o fracaso de uno siempre incidirán negativamente en el bien común como fin último de la contratación pública.

1.1. Elementos del contrato administrativo

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en el artículo 75 define al contrato administrativo como “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”, agrega la norma que “su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”. Por su parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 60 determina el carácter de los contratos que regula y que son celebrados por las Entidades Contratantes, señalando que estos son “contratos administrativos”

De la definición antes transcrita se desprende como elemento singular, el sujeto o la persona que ejerce la función administrativa, entendiéndose que ésta cumple una función pública encaminada a satisfacer necesidades colectivas donde prima el interés público frente al particular.

El acuerdo de voluntades que contempla un contrato administrativo demanda el consentimiento que expresan personas distintas a través de un acto o declaración, para dar lugar a una voluntad común que envuelve a todo contrato y, que como fuente de derechos y obligaciones trae consigo efectos jurídicos para las partes que han consentido ejerciendo su plena voluntad, sometándose a las normas jurídica aplicables según el tipo de contrato que se trate, entendiéndose que no todos los contratos administrativos están sujetos a la misma

normativa. Además como en todo contrato, en los contratos administrativos encontramos también un objeto y una causa, ligados a la naturaleza de este tipo de contratos.

Es así que del contrato administrativo y de manera específica de la contratación integral por precio fijo que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se desprenden elementos generales y singulares que obedecen a su particular naturaleza.

1.1.1 El sujeto

Dentro de la contratación integral por precio fijo encontramos como sujeto relevante a la administración pública que si bien puede contratar con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que concurran con esa finalidad, lo hará con personas jurídicas, dado el objeto del contrato que siempre será una obra de infraestructura de gran envergadura.

Si bien se muestra como elemento indispensable la concurrencia de la administración pública que actúa como contratante a través de sus diversas entidades y funcionarios competentes, bien podría ésta contratar con otra entidad perteneciente también a la administración pública –entendida en un sentido amplio–, originándose un acuerdo común de voluntades institucional e inter estatal que funciona en la medida en que se busque cubrir de la mejor manera las necesidades colectivas, sin embargo, tratándose de una contratación integral por precio fijo, el supuesto no podría darse entendiéndose que en este tipo de contratos el riesgo se traslada al contratista que vendría a ser el propio Estado, característica que al entendimiento del autor tipifica esta clase de contratos.

Por otra parte la administración pública como parte concurrente en este tipo de contratos actuará en el ámbito de la jurisdicción y competencia que le corresponda a la entidad y sus personeros, pues si rebaza dichos límites el contrato así formado sería nulo.

Además de conformidad la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina en su artículo 5 inciso 2º que “la administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo”.

En cuando a la idoneidad del contratista, ésta se sujeta a las normas dispuestas en el derecho civil, mercantil y cualquier otra norma que le sea aplicable, no requiriéndose únicamente su capacidad legal, técnica y económica, sino también moral, sobre las inhabilidades generales y especiales del contratista a las que se refieren los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, éstas serán tratadas más adelante en el presente trabajo.

1.1.2 El consentimiento

En el contrato administrativo el consentimiento conlleva al acuerdo común de voluntades distintas, donde al menos una corresponde a la administración pública que actúa a través de las entidades y, funcionarios competentes en calidad de sus representantes legales o personeros.

Del consentimiento que dan las partes en razón de su competencia y capacidad emanan derechos y obligaciones, estableciéndose un vínculo jurídico entre la administración pública y los particulares que se establece en el caso de la administración a través de la entidad y funcionario competente para dar tal consentimiento que se exterioriza y formaliza de conformidad con lo que establecen las normas de derecho público. En el caso de los particulares el consentimiento se vincula ya no al concepto de la competencia sino de la capacidad y se exterioriza y formaliza de conformidad con lo que establecen las normas del derecho privado y societario, siendo una obligación de la administración pública verificar la idoneidad del contratista a fin de evitarse futuros inconvenientes y perjuicios para el Estado.

La voluntad en el contrato administrativo se origina cuando las partes dan su consentimiento, sin el cual no se llega a formalizar el acuerdo común de voluntades, debiéndose observar para el efecto la normativa general y aquella aplicable a cada caso.

Siendo la autonomía de la voluntad parte integrante del contrato administrativo, la misma condiciona su validez, la comparecencia de la partes bien sea como oferentes, adjudicatarios o contratistas debe darse libre, voluntaria y de forma espontánea, a fin de que la administración pueda hacer su mejor elección, el consentimiento debe ser ajeno a cualquier vicio que pueda ponerlo entre dicho e incluso anularlo, el artículo 1467 del Código Civil determina que “los vicios del consentimiento son: error, fuerza y dolo”.

Si bien el acuerdo de voluntades que se da a través del consentimiento es importante, no es menos cierto que no lo es todo pues sino existe la competencia de parte de la administración pública y la capacidad de parte del contratista, de nada sirve esa voluntad y consentimiento.

1.1.3 El objeto

El objeto en el contrato administrativo resulta esencial, su importancia sin duda alguna adquiere mayor relevancia en el derecho público que en el privado, dado que el objeto mismo determina la naturaleza del contrato administrativo y lo diferencia de otros, siendo una obligación que se traduce en dar, hacer o no hacer una cosa, la misma debe ser cierta,

determinada, lícita y posible, el artículo 1476 del Código Civil señala que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.”

En el ámbito de la contratación pública, el objeto es lo que requiere la entidad estatal para el cumplimiento de sus fines, determina de forma general lo que se pretende del contratista.

Marco Idrobo Arciniega señala que “ordinariamente, en los contratos administrativos se conoce como objeto, los bienes, las obras o los servicios que son materia de las obligaciones contraídas”¹³ pudiendo comprender aún el objeto en el caso de los contratos administrativos aún aquellas cosas vedadas para el particular por estar fuera de comercio como son por ejemplo los bienes de dominio público, lo que no puede contravenir el objeto del contrato es su fin, que es público y que lo determina la función administrativa, además de la normativa legal que ha de regirlo.

El Código Civil en su artículo 1477 determina que “si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible” lo físicamente imposible es contrario a la naturaleza y lo moralmente imposible aquello prohibido por la legislación, las buenas costumbres y el orden público. El objeto ilícito contraviene al Derecho Público ecuatoriano de conformidad con lo que establece el artículo 1478 del Código Civil, normas generales de derecho privado que sin duda inciden en la contratación pública, cabe destacar dentro de estas la estipulada por el artículo 1698 que dice:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.¹⁴

1.1.4 La causa

Marco Idrobo Arciniega señala que “la administración, en materia contractual actúa con facultades regladas y no puede decidir ni celebrar contratos sin que exista una causa real, legal y clara, atentas las efectivas necesidades, motivo que estará orientado hacia fines colectivos”¹⁵

¹³Marco Idrobo Arciniega, *La contratación administrativa en el Ecuador*(Quito: Editorial Época, 1984), 43

¹⁴ Ecuador. *Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No.46 (24 de junio de 2005), art.1698.

¹⁵Marco Idrobo Arciniega, *La contratación administrativa en el Ecuador.*, 43

La causa dentro de la contratación pública está dada no solo por el elemento histórico que lo conforman los antecedentes y hechos previos a la contratación sino sobre todo por el elemento legal que forma parte del contrato pues cada procedimiento y tipo contractual debe estar plenamente establecido por la ley de la materia que es la LOSNCP.

El artículo 1461 del Código Civil establece entre los requisitos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, que tenga una causa lícita, si bien esta norma de derecho privado alude a los contratos de tal naturaleza, la misma como norma general que rige los actos o declaraciones de voluntad, incide sin duda también en la contratación pública, si bien no es necesario expresarla dentro del contrato la misma se encuentra implícita debiendo ser no solo lícita sino también real, de conformidad con lo que establece el artículo 1483 *ibídem*. En cualquier contrato, el motivo o motivación es igual a la causa que induce a su formalización.

Siguiendo con el artículo 1483, este define a la causa ilícita como aquella “prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”

1.1.5 La forma

El artículo 69 de la LOSNCP aplicable a la modalidad de contratación integral por precio fijo determina en lo pertinente que los contratos “que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública [...]. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público.”

La forma en la contratación administrativa es uno de los elementos que la caracterizan dada su relevancia, pues en derecho público no se puede ir más allá de lo dispuesto expresamente en la ley, es decir, el acatamiento de la norma es inquebrantable pues a ella se sujeta estrictamente el accionar de la administración pública.

El quebrantamiento de la forma que dicta la ley dentro de la contratación administrativa conlleva su nulidad.

El funcionamiento o accionar de la administración pública que se da a través de las diversas entidades y funcionarios públicos, se encuentra encaminado a la satisfacción de necesidades colectivas e intereses generales, la defensa de tales intereses se ve franqueada por el derecho administrativo que establece sus formas propias de regulación, procedimiento y control.

Jeze citado por Idrobo sostiene que “en derecho público las formas son garantías automáticas creadas por las normas legales o reglamentarias para evitar las decisiones

prematuras, irreflexivas o carentes de suficiente estudio. Además, protegen a los mismos funcionarios públicos de cualquier actitud imprudente, negligente o incompleta, en beneficio de su responsabilidad individual.”¹⁶

1.1.6 La finalidad pública

Jeze citado por Idrobo afirma que “el fin es un elemento esencial de todo contrato administrativo y de prescindirse de él, podría arribarse a soluciones lesivas al interés social y al sentido de justicia. En la práctica es más importante que en el derecho privado, concluyéndose que la finalidad no puede ser otra que el interés público.”¹⁷

La finalidad pública se muestra como un elemento básico en el contrato administrativo, que no puede tener otra finalidad que no sea ésta, directa o indirectamente.

El Estado para el cumplimiento de sus fines y solventar las necesidades colectivas requiere contratar con los particulares la provisión de obras, bienes y servicios que satisfagan aquellas necesidades, en los contratos administrativos la finalidad coincide con los intereses comunes de la sociedad que persigue alcanzar el Estado siendo que el interés general prima sobre el individual, sin que se desconozca este último tanto dentro del contrato como fuera de él, es así que lo importante en el contrato administrativo es encontrar un justo equilibrio entre los intereses del Estado que representa a la colectividad y los intereses del particular, que son legítimos y amparados por la Constitución y las leyes de la República, y no pueden ser desconocidos, ni vulnerados.

1.2. Características del contrato administrativo

De los elementos referidos anteriormente se puede extraer las siguientes características del contrato administrativo.

1.2.1 Formalidad y control

Las formalidades que contempla un contrato administrativo le son características pues dentro de la administración pública aún el mínimo trámite debe contar con su respectivo expediente, es así que un particular si desea comprar cualquier suministro de oficina como una resma de papel simplemente lo hace y ya, en cambio en la administración no, pues ha de

¹⁶ *Ibíd.*, 43

¹⁷ *Ibíd.*, 49

sujetarse dicha compra a las formalidades que dispone la ley, formalidades que obviamente van en aumento dependiendo del tipo de acto o contrato.

Sobre el expediente de contratación el artículo 36 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que:

Las entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPUBLICAS¹⁸

Si bien los detractores de las formalidades aducen el inconveniente que estas pueden generar a las partes por los retrasos y falta de agilidad en los procedimientos, lo cierto es que en derecho público tales inconvenientes resultan imprescindibles para el correcto resguardo de los recursos e intereses públicos, sin embargo esto no significa que formalidad sea o se transforme en ineficiencia, trámites tortuosos, trabas burocráticas, etc., que a la larga originan y desencadenan actos de corrupción.

Por otra parte a través de la correcta aplicación de las formalidades y control se pone en marcha la aplicación de principios que rigen la contratación pública como son el de oportunidad, de transparencia, y de esta forma se limita la discrecionalidad y arbitrariedad, con el establecimiento de formalidades y requerimientos específicos que deben ser obligatoriamente acatados por el funcionario o servidor público y los oferentes o contratistas que desean establecer una relación contractual con el Estado.

Lo idóneo sería no solo en el ámbito de la contratación pública sino en todo el quehacer administrativo contar con procedimientos ágiles que vayan de la mano de la tecnología, es así como hoy el sistema nacional de contratación pública cuenta con el portal de compras públicas, medio tecnológico idóneo para agilizar los procedimientos y transparentarlos, debiendo la normativa legal estar a tono con las reformas que demandan tales hechos, más aún cuando existen entre otras cosas normas confusas, vacíos legales y tipos contractuales que no han dado los efectos esperados.

El control es una característica ligada a la anterior pues cuantas más formalidades determine la norma existirá por ende mayor control, o al menos esto debería ser así, más aún el control dentro de la contratación pública es absoluto y total siendo un principio garantizado por la Constitución de la República, la rendición de cuentas a las que están sujetas tanto las entidades como los funcionarios que las representan, ligado éste al de la transparencia,

¹⁸Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento, No. 395 (04 de agosto de 2008), art.36.

señalado en el artículo 227 de la Constitución de la República. Es así que el artículo 297 ibídem en su inciso 2° señala que “Las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuenta y control público.”, siendo un deber y responsabilidad de todo ecuatoriano/a el “asumir las funciones pública como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley”, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 numeral 11 de la Constitución de la República.

Incluso las contrataciones de ínfima cuantía están sujetas a formalidades y control de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en este sentido el artículo 52.1 determina que este tipo de contrataciones “no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos pre-contractuales; para el efecto, las entidades contratantes remitirán trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas [...]”, debiendo se este tipo de contrataciones también publicadas en el portal de compras públicas a fin de que se transparente el manejo de los recursos públicos.

1.2.2 Limitación de la libertad

De la formalidad y control se establece una marcada limitación de la libertad en materia de contratación pública, debiendo la administración pública sujetarse a procedimientos y tipos contractuales establecidos, cada uno con sus respectivos requerimientos y características.

Si bien el contrato es fuente de obligaciones para que tenga plenos efectos jurídicos han de observarse las formalidades y requisitos establecidos por la ley a riesgo de considerarse nulo, siendo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, en lo principal, la que establece estos límites en la materia que le compete, normativa legal a la que han de sujetarse tanto entidades contratantes como los contratistas.

1.2.3 La desigualdad de las partes y las cláusulas exorbitantes

Esta característica del contrato administrativo se determina en el marco de las potestades públicas con las que debidamente reguladas actúa la administración en el cumplimiento de sus objetivos, siendo la potestad pública un acto de poder unilateral de la administración que produce un efecto jurídico sobre el particular creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones.

Una potestad se define como el poder o autoridad que tiene alguien respecto alguna cosa es así que las potestades públicas implican una relación de sujeción entre quien es su titular –la administración pública– y quien se somete a ella –el particular–. Potestades públicas que están encaminadas a buscar el cumplimiento de los fines del Estado, esto la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Si bien las potestades públicas no son discrecionales, pues las mismas deben estar debidamente reguladas, éstas determinan la relación de desigualdad con la que actúan las partes en el ámbito del contrato administrativo en el cual el particular debe someterse a la voluntad de la administración pública a través de la ley a fin de poder contratar con la misma, en los términos que ella dispone.

Es así que el principio de igualdad en materia de contratación pública desaparece cuando se contraponen el interés público sobre el particular, el co-contratante se subordina jurídicamente ante la entidad pública contratante a fin de dar cumplimiento al objeto contractual.

La doctrina en el Ecuador al respecto dice que:

[...] desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles, [...] Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, no implica falta de protección del contratista, sino que tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone el fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución. Entonces, en los Contratos Administrativos prevalece el interés público sobre el interés particular.¹⁹

Esta desigualdad entre las partes como no puede ser de otra manera, también es objeto de regulación en la norma jurídica, entendiéndose que el poder de la administración pública en materia de contratación pública frente al co-contratante no puede ser, ni lo es, discrecional y arbitrario, pues tales hechos también pueden traer como consecuencia conflictos entre las partes y acarrear la nulidad de lo actuado.

La desigualdad que existe entre las partes dentro de la contratación pública es una de las características que la diferencia de la contratación en el ámbito civil, donde prima el principio de la igualdad de las partes, esta desigualdad provee a la administración pública verdaderas prerrogativas que como tales le son irrenunciables y se establecen en procura de tutela de la finalidad pública de este tipo de contratos.

¹⁹ William López Arévalo, *Tratado de contratación pública* (Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010), 101-2

La situación privilegiada que presenta la administración pública frente a los particulares en el ámbito de la contratación pública se presenta en el transcurso de todas las etapas del proceso desde la concepción de las bases del contrato que constan en los pliegos y a cuyas condiciones el co-contratante debe sujetarse.

Las prerrogativas de que goza la administración pública dentro de la contratación pública se traducen en lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” a través de las cuales la administración pública está facultada para actuar de forma unilateral en cuanto a aspectos trascendentales del contrato en cuanto a la determinación y establecimiento de su alcance, jurisdicción, procedimiento, coactivas, garantías, multas, remates, embargos e incluso la terminación del mismo, todo esto sin tener que acudir a los órganos judiciales regulares, en ello descansa lo exorbitante de dichas cláusulas que resultan propias de la contratación pública. Claro está que tales facultades deben estar expresamente determinadas en el propio contrato, aun cuando autores como Idrobo sostienen que “aun cuando no se especifiquen en el contrato, se las entiende implícitas y la administración puede aplicarlas válidamente”²⁰, sin embargo a criterio del autor esto daría paso al abuso y la arbitrariedad, configurándose un atentando en contra de la seguridad jurídica y el propio Estado de Derecho, pues quien querría contratar con un Estado que hace lo que le viene en gana e interpreta la ley a su manera.

Lo exorbitante rebaza la consideración de normalidad y razonabilidad, López Arévalo en referencia a las cláusulas exorbitantes, dice:

Son aquellas que ponen de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la Administración, que le permiten asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato [...] Permiten a la Entidad Estatal el control excepcional del contrato [...] Estas estipulaciones, llamadas “exorbitantes”, tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a las normas civiles o mercantiles; por eso, en virtud de estas cláusulas, la Administración pueden ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional. [...] ²¹

En referencia a las cláusulas exorbitantes la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 94 determina los casos en que la entidad contratante puede declarar terminada anticipadamente y unilateralmente un contrato.

²⁰Marco Idrobo Arciniega, “La contratación administrativa en el Ecuador”, 51

²¹ William López Arévalo, “Tratado de Contratación Pública”, 100-1

1.2.4 La intervención personal del contratista e intransferibilidad del contrato

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública es clara al determinar en su artículo 78 que “El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”, es decir, que éste siempre será el mismo, de tal manera que la relación que se establece entre la entidad contratante y el contratista es personal, pues este último es quien se obliga para con la administración pública en el cumplimiento del objeto del contrato.

Sobre el tema Pablo Oswaldo Dávila se refiere a un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, mediante Oficio PGE No.13534 de fecha 11 de junio de 2013, mismo que con carácter vinculante para toda la Administración Pública, dice:

[...] Se concluye que los contratistas del Estado deben notificar a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, sea cual sea el porcentaje de capital transferido.

[...] en el caso de transferencia, cesión, capitalización fusión, absorción, transformación u otro mecanismo de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado, los contratistas deben requerir autorización de la entidad contratante para que proceda la transferencia. La falta de autorización de la entidad contratante constituye causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato [...]²²

Cuando se establece el vínculo jurídico entre la entidad contratante y el contratista, este se da en atención a las particulares características del mismo, las que se instituyen como una garantía de cumplimiento y en base a las cuales el contratante ha hecho su elección dentro de un procedimiento en el que en general han participado distintos oferentes, mal podría permitirse que una vez adjudicado el contrato, el contratista transfiera sus obligaciones a otro contratista aun cuando sus características sean equivalentes o mejores, esto a más de constituir un riesgo para la entidad contratante sería avalar una actitud desleal del contratista frente a sus similares.

La intervención personal del contratista provoca la intransferibilidad del contrato, a modo de hecho y consecuencia, siendo expresa la prohibición de cederse el contrato sus efectos serían nulos.

Lo que la ley permite es el encargo de determinados trabajos a un tercero, bajo responsabilidad del contratista, si lo acepta previamente la administración. Debe evitarse que,

²² Pablo Oswaldo Dávila, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana* (Quito: Cevallos editora jurídica, 2015), 183

simulando un subcontrato, se haga una cesión disimulada, en el pliego de condiciones o durante la ejecución del contrato, lo que permite la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la subcontratación parcial del contrato bajo riesgo y responsabilidad del contratista con quien se suscribió el contrato.

Por último se dirá que el Código Civil en el artículo 1466 determina que los efectos del contrato se dan tan sólo entre las partes involucradas y que un tercero se obligaría sólo en virtud de su ratificación, sin embargo en el ámbito público de la contratación existen contratos como el de concesión de servicios que pueden obligar a un tercero aún sin su consentimiento cuando este tiene que cancelar un valor por el servicio prestado.

1.3. Requisitos del contrato administrativo

En el tema de los requisitos del contrato integral por precio fijo, se ira de lo general a lo específico es así que el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano como norma general del Derecho determina los requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, los cuales son aplicables a la realidad de la Administración Pública y por ende a la contratación pública, tales requisitos son: capacidad legal; consentimiento que no adolezca de vicio; objeto lícito y causa lícita.

Definidos como contratos administrativos los contratos que regula la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 68 determina los requisitos de validez derivados de su naturaleza, estos son: competencia del órgano de contratación; capacidad del adjudicatario; existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y, formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la LOSNCP y su Reglamento.

1.3.1. La competencia del órgano de contratación

La competencia del órgano de contratación la determina la ley, así lo establece de forma expresa la Constitución de la República en el artículo 226 al señalar 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 deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.²³

²³ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV “Participación y organización del poder”, cap. séptimo, sección primera, art.226.

De esta forma queda claramente definido el ámbito de competencia de las entidades de la Administración Pública y sus funcionarios que las representan, rebasar dicho ámbito implica simplemente la nulidad de lo actuado, así lo determina de forma expresa el artículo 65 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Como ya se dijo anteriormente la administración pública como sujeto dentro del contrato administrativo comparece y actúa en el ámbito de la jurisdicción y competencia que le corresponda a la entidad y sus personeros, entendiéndose además que “la administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo”, esto de conformidad con lo que establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina en su artículo 5 inciso 2°.

Sobre el tema Daniel Gómez Sánchis, señala:

Para que el contrato sea válido, los dos sujetos deben contar con aptitud legal para realizar tal acto jurídico, correspondiendo distinguir entre el órgano de la Administración –que debe obrar dentro de su “competencia”, y que se rige por el derecho público– y el particular – que requiere “capacidad”, regulada por el derecho privado–, debiendo destacar además que en el caso de este último la capacidad es la regla, mientras que en cuanto a la Administración la Competencia es la excepción.²⁴

1.3.2. La capacidad del adjudicatario

El artículo 1461 del Código Civil en su inciso final determina que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, aptitud legal con la que debe contar la persona sea natural o jurídica a fin de contraer obligaciones y ejercer sus derechos, siendo esta aptitud legal la regla general en virtud de lo que expresa el artículo 1462 *ibídem* que establece los casos de excepción a la regla.

Por su parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 62 establece las inhabilidades generales de las personas naturales o jurídicas por las que éstas no pueden celebrar contratos previstos en la ley con las entidades contratantes, recayendo están en:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades

²⁴ Daniel Gómez Sánchis, “Contratos administrativos: Versión clásica. Parte II”. En Ismael Farrando (h.) Director, *Contratos Administrativos* (Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002), 412-3

Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;

4. Quienes consten suspendidos en el RUP;

5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,

6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública también establece inhabilidades especiales, recayendo estas al tenor de lo dispuesto por el artículo 63, en:

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;

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.

Los artículos 110 y 111 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública también se refieren a este tipo de inhabilidades generales y especiales.

Es así que la capacidad del adjudicatario se encuentra sujeta a las disposiciones contenidas tanto en el Código Civil como en la LOSNCP y cualquier otra norma aplicable al caso en concreto, ahora una cosa es lo que la ley a través de leyes generales como el Código Civil determina respecto de la capacidad de las personas para obligarse por sí mismas, y otra es lo que determina la LOSNCP respecto de dicha capacidad cuando opera en el ámbito de la contratación pública, cuyos requerimientos e inhabilidades resultan particulares y se establecen a fin de que se apliquen los principios que rigen la contratación pública al tenor de

lo dispuesto por el artículo 4 de la LOSNCP sobre todo los principios de transparencia, trato justo e igualdad.

1.3.3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones

Esta es una exigencia previa a la convocatoria de cualquier procedimiento sobre contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, establecida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la que se cumple a través de la certificación emitida por el Director Financiero de la entidad contratante o quien haga sus veces, conforme lo establece el artículo 27 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La certificación comprende la existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios que permitan cubrir la totalidad del valor del contrato a través de recursos suficientes, en el presente y a futuro, dada la existencia de obras de infraestructura que duran varios años su construcción y puesta en marcha.

Este requisito se establece en resguardo del contratista y del propio Estado que requiere de la ejecución de obras para el cumplimiento de sus fines, pudiendo verse las mismas truncadas por falta de recursos y ser objeto de demandas por incumplimiento en sus obligaciones, siendo una de las primeras obligaciones de la entidad contratante para con el contratista, el pago del precio pactado.

La vulneración al requerimiento dispuesto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es causa para que el contrato se declare nulo y se destituya a los funcionarios responsables del hecho.

1.3.4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento

El artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se refiere a la suscripción o formalización del contrato de acuerdo al tipo de contratación, en lo que interesa sobre la contratación de obras de infraestructura, que comprende el objeto de la contratación integral por precio fijo, el inciso primero dice:

Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la

licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

La celebración o formalización del contrato es un requisito sin el cual no se puede dar inicio a la ejecución del contrato, esto de conformidad con lo que establece el último inciso del artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el incumplimiento acarrearía las correspondientes responsabilidades a los infractores de la norma.

1.3.5. Los requisitos de la LOSNCP para la contratación integral por precio fijo.

La modalidad de contratación integral por precio fijo, como ya se ha indicado es una modalidad o tipo contractual y en tal sentido contempla como se ha visto anteriormente una serie de elementos, características y requisitos que van de lo general a lo específico, partiendo de normas generales contenidas en el Código Civil para arribar a la LOSNCP que contempla dentro de su normativa requisitos generales que atañen al contrato administrativo en general así como específicos que se refieren a la contratación integral por precio fijo.

En este sentido el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que:

Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;
3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

La contratación integral por precio fijo, es quizá una de las innovaciones que destacan dentro de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin duda se la agrega al sistema de contratación pública ecuatoriano en atención a las nuevas tendencias

que se han dado en la contratación internacional de obras de infraestructura de gran envergadura, sin embargo, al dejar de lado las concepciones clásicas en relación a este tipo de contratos, las expectativas en cuando a su desarrollo se han visto vulneradas cuando se encuentra que su aplicación es exigua y su efectividad mínima salvo uno o dos casos puntuales desde que entró en vigencia la citada ley en el Ecuador.

Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios

La Constitución de la República en el artículo 76 numeral 7 literal 1) determina que “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”, bajo este precepto constitucional, la máxima autoridad de la entidad contratante debe motivar su resolución de contratar bajo la modalidad de contratación integral por precio fijo, más aún ésta motivación ha de contener el resultado del análisis previo donde se arrojen las ventajas de esta modalidad de contratación “por precio fijo” frente a la modalidad “por precios unitarios”, excluyendo la norma la una a la otra.

Si bien los precios unitarios se constituyen en la base sobre la cual se decide uno u otro sistema de pago, la modalidad de contratación integral a precio fijo, no solo contempla un sistema de pago sino que existen características aún más relevantes que tienen que ver con su naturaleza misma relacionadas a la distribución o mejor dicho transferencia de la responsabilidad y el riesgo contractual, como la señalada en el último inciso del artículo 53 que dice “los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas”, por efecto dicha condiciones deben ser minuciosamente detalladas.

“La definición del alcance (especificaciones técnicas, estudios técnicos -topográficos, geológicos, de suelos, hidrológicos-, cantidades de obra, tiempos de ejecución) de los trabajos debe ser extremadamente clara y definida previamente por parte del mandante para asegurar la responsabilidad que enfrenta el contratista en cuanto al diseño, construcción y funcionamiento de las obras.”²⁵

²⁵ Jorge Ducci, Omar Garzonio, Henry Alberto Moreno Moreno, Manuel José Navarrete, Alejandra Perroni y Rodrigo Riquelme, *Ventajas y riesgos de contratos llave en mano* (Nota técnica del BID; IDB-IN-523, septiembre del 2013), 2
<<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6006/Ventajas%20y%20riesgos%20de%20contrato%20llave%20en%20mano.pdf?sequence=1>>

Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación

Antonio Pérez y Efraín Pérez respecto de este requisito, sostienen:

Adicionalmente, en construcciones complejas de instalaciones eléctricas y metal mecánicas, se presentan componentes diversos además del diseño y la ingeniería de detalle, como la construcción de las edificaciones mismas, así como la adquisición de los equipos y de uso de patentes, marcas y derechos industriales, la comprobación de su idoneidad, el desembalaje y su instalación, ensamblaje y arranque; así como su conexión con el resto del equipamiento, hasta la puesta en marcha. En ocasiones estos contratos también incluyen el entrenamiento del personal y el mantenimiento. Esta característica contractual se refleja en la designación de “integral” que le atribuye la Ley, [...] ²⁶

De la modalidad de contratación integral por precio fijo destacan dos elementos que son lo integral de la contratación y el precio fijo, este último como ya se dijo hace referencia al sistema de pago que formará parte del contrato.

Que la contratación sea integral demanda entre otras cosas que en un solo contratista confluyan todas las obligaciones en relación a la consecución del objeto contractual y que tienen que ver con la provisión de equipo, construcción de la obra y su puesta en marcha, incluso el mantenimiento de los componentes del proyecto una vez finalizado puede ser parte del objeto del contrato.

De igual forma que el requisito anterior se entiende que el evidente beneficio es el resultado de un estudio y análisis correspondiente, pues se trata de contratos de obra de gran envergadura sobre las cuales deben existir “estudios completos, definitivos y actualizados”.

Por otra parte el artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que en esta modalidad contractual “todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo”, es decir no se podría contratar bajo el sistema de precio fijo o suma global la construcción de la obra civil y el componente eléctrico o metal-mecánico a precios unitarios.

Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico

Este requisito no requiere mayor comentario, de él se deduce que la contratación integral a precio fijo se encuentra destinada a contratos de obra de gran envergadura siendo el

²⁶ Antonio J. Pérez y Efraín Pérez, *Manual de contratos del Estado* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2008), 104

presupuesto referencial el más alto que prevé la Ley Orgánica de Contratación Pública que para el año 2015 significó un monto superior a los 36.317.119, 04 Dólares.

Sin duda alguna que el monto referencial al ser tan alto es una limitante dada las condiciones de esta modalidad contractual, frente a esto en los actuales momentos se viene tramitando en la Asamblea Nacional un proyecto de ley que busca reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública e incluir la contratación integral a precio fijo de obras con diseño homologado en proyectos cuyas variaciones sean mínimas y obedezcan en lo principal a cuestiones de localización, zona geográfica, etc., lo que permitiría reducir los costos, agilizar su ejecución y atenuar el riesgo, ante lo cual se requiere también una variación en el monto del presupuesto referencial que permita flexibilizar las opciones de contratos de obra de infraestructura, se acogerían a esta modalidad de contratación los contratos de “obras de infraestructura cuyos estudios o diseños correspondan a una tipología homologada [...] siempre que su presupuesto referencial sea igual o superior al 0,000007% del Presupuesto Inicial del estado del correspondiente ejercicio económico [...]”²⁷, los procedimientos de selección variarían según el presupuesto referencial manteniéndose el de licitación y agregándose el de cotización.

Otra limitante en cuanto al monto del presupuesto referencial en la modalidad de contratación integral por precio fijo está dada por la exigencia patrimonial del oferente que según Resolución INCOP No.RE-2013-000082 sería de un millón de dólares como fracción básica y más del 5% sobre el exceso de veinte millones de dólares²⁸, lo cual atenta en contra de principios básicos que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como el de trato justo, igualdad y concurrencia, pues la norma no permite la participación de la pequeña y mediana empresa a la cual simplemente se la deja de lado, incluso se vulneraría el principio de participación nacional pues dados los montos patrimoniales que se exigen estos estaría destinados a empresas en su gran mayoría extranjeras.

Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados

Antonio Pérez y Efraín Pérez respecto de este requisito, sostienen:

[...] este esquema de la Ley de contratación integral por precio fijo se aparta del clásico esquema “diseño y construcción” en cuanto es aplicable condicionado a la existencia de “los estudios completos, definitivos y actualizados” (Art.53 Num.4), lo que descarta el encargo de la ingeniería y el diseño del proyecto al contratista, pero no descarta, al contrario, supone, que el diseño del detalle y su adaptación corra por cuenta de este. Más en el caso de entregarse los

²⁷ Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, remitido por el señor Presidente Constitucional de la República economista Rafael Correa Delgado, mediante oficio No. T.1056.-SGJ-14-914 de 11 de diciembre de 2014.

²⁸ Resolución INCOP No. RE-2013-000082 de 15 de febrero de 2013

diseños completos al contratista, sería oneroso o incluso catastrófico para este cerrarse las puertas a una reclamación de reajuste cuando los diseños y estudios resulten equivocados. Los errores en estudios y diseños entregados por el contratante, pueden significar variaciones imprevistas en los costos, que ningún contratista prudente estaría dispuesto a aceptar²⁹.

Respecto de este requisito tal cual está planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se presentaría como uno de los mayores inconvenientes de la propuesta establecida por la ley, cuando el “diseño” o “ingeniería” se constituye en el elemento de mayor relevancia que relaciona aspectos fundamentales como la responsabilidad y el riesgo, que en este caso se traslada al contratista, aspectos en base a los cuales se establecerá además el precio que se pagará bajo el esquema de precio fijo, suma alzada o suma global descartándose el esquema de precios unitarios.

Es importante destacar que el artículo 53 en el numeral 4 no habla de diseños completos o en detalle sino de estudios completos, definitivos y actualizados, lo cual de por sí requerirá de la Entidad Contratante un esfuerzo supremo cuando estos estudios no deben superar más allá de unos cuantos meses para considerarse actualizados, por otra parte estos estudios de prefactibilidad permitirán que la “asimetría o incertidumbre de información no sea traducida en sobre costos”³⁰ delimitando prudentemente el costo de la obra, vale señalar que quien asume la estimación asume el riesgo, esto significaría que responsabilizar “al contratante de los diseños [...] reduce en principio los riesgos asociados con errores de diseño” que son una causa normal de significativos conflictos y sobre costos de las obras.”³¹

Ahora resulta evidente que en el Ecuador se hace indispensable contratar bajo la fórmula “diseño y construcción” cuando no existe en el país la capacidad de diseño necesaria para la concepción de obras de gran complejidad que requieren la transferencia de tecnología que no está al alcance de la mano, siendo significativo el aspecto de supervisión que puede darse de manos de la entidad contratante o a través de terceros conforme lo prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 56 para el caso de la contratación integral por precio fijo, supervisión que “vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato.”

²⁹ Antonio J. Pérez y Efraín Pérez, *Manual de contratos del Estado* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2008), 105

³⁰ Jorge Ducci y otros “Ventajas y riesgos de contratos llave en mano”, 2.

³¹ *Ibíd.*

1.4. Incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los contratos a precio fijo

1.4.1 El principio de legalidad

Este principio rige de especial manera a la administración y contratación pública que se encuentran sometidas estrictamente a lo dispuesto en la Constitución y demás leyes de la República, siendo en el ámbito de la contratación pública el derecho público prevalece sobre el privado al cual se vincula solo de forma subsidiaria

En materia de contratación pública es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la que dentro del derecho positivo ecuatoriano se ha de observar de forma estricta, por parte de contratantes y contratistas a fin de poder solventar los requerimientos ciudadanos para que así el Estado pueda cumplir a cabalidad sus funciones y satisfacer sus necesidades.

Este principio tiene como fundamento la limitación del poder estatal y sus órganos de gobierno, en el Estado moderno es esencial la separación de poderes cuya limitación la determina la Constitución y la ley como manifestaciones de la voluntad soberana.

La Constitución de la República en el artículo 425 determina el orden jerárquico de aplicación de las normas, estando a la cabeza la Constitución de la República, seguida de los tratados y convenios internacionales para dar paso a las leyes orgánicas, dentro de este orden jerárquico cabe obviamente la ley de contrato siendo que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1561 del Código Civil “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]”, ley secundaria entendiéndose que las cláusulas del contrato no pueden contrariar lo dispuesto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, además de que en el ámbito de la contratación pública, el contrato no es absolutamente inmutable dado que el interés público prevalece sobre el particular y el contrato puede verse alterado, más aun cuando el Estado goza de prerrogativas que se concretan en las llamadas “cláusula exorbitantes” de las que puede hacer uso.

1.4.2. Principios de igualdad, concurrencia y trato justo

El principio de igualdad ante la ley es un principio de orden constitucional que trasladado al ámbito de la contratación pública tiene incidencia en el contratista que ha sido sometido a un procedimiento de selección donde en concurrencia con otros oferentes se

presenta en igualdad de condiciones ante la entidad contratante, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones, a fin de que esta proceda a seleccionar la mejor oferta que convenga a los intereses de la entidad, el Estado y la colectividad.

Por el principio de igualdad, la generalidad de la ley se aplica sin apegos ni desapegos de una forma objetiva donde debe primar el interés público frente al particular, por ello concomitantemente el principio de concurrencia busca se presenten a las convocatorias que hace la administración pública para la suscripción de un contrato el mayor número de ofertas y oferentes a fin de que la selección arroje buenos resultados en base de diversos parámetros que no tienen como fundamento tan solo el precio.

El contrato público debe ser el resultado de un procedimiento de selección que mire ciegamente a los oferentes más no a sus ofertas que han de ser debidamente estudiadas y analizadas en base a las condiciones que se establezcan previamente los pliegos que serán referentes para la suscripción o formalización del contrato.

La aplicación del principio de igualdad y concurrencia conllevan se aplique otro principio, el de trato justo, por el cual las condiciones de tratamiento y evaluación deben ser las mismas para todos.

El principio de igualdad y trato justo se conciben desde la etapa precontractual, contractual y post contractual, no admite que se hagan diferenciaciones antojadizas debiendo la actuación de la administración pública sujetarse única y exclusivamente a la ley, sólo así se puede aplicar y resguardar de forma efectiva estos principios.

Por el principio de igualdad también todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, están sujetos a la ley, no siendo excusa alegar su ignorancia, así lo determina el artículo 13 del Código Civil. Por su parte la Constitución de la República en el artículo 9 determina que las personas extranjeras dentro del territorio ecuatoriano tienen los mismos derechos y obligaciones que las personas ecuatorianas, quienes debe “acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente” de conformidad con lo que establece el numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República.

1.4.3. Principios de publicidad y transparencia.

Idrobo citando a Couture señala que “en el sistema democrático, la publicidad es fundamental para que la colectividad esté informada de las actividades administrativas,

inclusive los contratos que celebre, y para posibilitar la fiscalización y control, puesto que el juez de la administración, resulta ser, finalmente, el pueblo”³²

Este principio en el ámbito ecuatoriano se ve cristalizado a través del portal de compras pública (www.compraspublicas.gob.ec), definido como el sistema informático oficial de contratación pública del Estado ecuatoriano, donde por mandato de la ley se publicará la información relevante de los procedimientos de contratación pública, siendo su uso obligatorio, es administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

De conformidad con lo que establece el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el portal de compras públicas contendrá, entre otras:

[...] el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP.

Siendo estos tan solo varios de los aspectos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ordena se publiciten a través del portal electrónico, para dar un ejemplo hoy en día cualquier persona puede tener acceso a los pliegos precontractuales, cuyo acceso es público y gratuito, conforme los establece el 3er inciso del artículo 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La aplicación del principio de publicidad conlleva que otro principio se lo aplique también, el de transparencia, dado que los procedimientos y las actuaciones de contratantes y oferentes se vuelven visibles y son objeto del escrutinio público, ya no cabe que los procedimientos y actuaciones de la administración en materia de contratación pública sean secretas y reservadas, salvo que así lo disponga o permita la ley.

La transparencia también va ligada al concepto de la buena fe que contempla la actuación de medios legítimos que descarten el fraude o cualquier otro vicio, esa así que de conformidad con lo que dispone el artículo 1562 “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

³² Marco Idrobo Arciniega, “La contratación administrativa en el Ecuador”, 60

1.4.4. Principios de vigencia tecnológica y participación nacional.

El principio de vigencia tecnológica que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública aplicado al tema de la contratación integral a precio fijo, es relevante dado que esta modalidad de contratación está concebida para contratos de obra de infraestructura complejos donde la tecnología es parte del diseño y objeto mismo del contrato cuando se habla de la construcción y puesta en marcha por ejemplo de una hidroeléctrica, es importante también señalar que bajo esta modalidad de contratación se puede acordar bajo del concepto de integralidad dentro del objeto del contrato aún el mantenimiento de los componentes del proyecto conforme lo determina el artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación en su inciso 2°.

Por otra parte el principio de participación nacional se ve coartado cuando como se dijo anteriormente se establecen exigencias patrimoniales a los contratistas en base al monto del presupuesto referencial de los contratos que dejan de lado a la pequeña y mediana empresa, siendo destinadas tales regulaciones básicamente a favorecer la participación de empresas del extranjero, sin embargo este principio no puede ser aún desconocido por dichas empresas que inevitablemente requerirán de insumos, equipo, materiales y mano de obra en el Ecuador, esto de conformidad con lo que establece el artículo 25.1 y 25.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con lo dispuesto por el artículo 54 cuyo último inciso dice “Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional”. .

1.4.5. Principio de oportunidad.

Este principio tiene aplicación en la ejecución del contrato que debe llevarse a cabo de una forma técnica, oportuna, eficaz y eficiente, es así que el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el penúltimo inciso determina que “El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito”, lo cual si bien comprende otro limitante dentro de esta modalidad contractual, el mismo se sustenta bajo el principio de oportunidad que básicamente requiere que no existan retrasos en la ejecución de la obra y esta se cumpla en un tiempo oportuno a fin de satisfacer lo más antes posible los requerimientos de la entidad contratante que en última instancia busca satisfacer necesidades colectivas y el desarrollo del país.

Es importante considerar además dentro del principio de oportunidad la relación costo beneficio que se relaciona con otro principio, el de equilibrio económico.

1.4.6. Principio de equilibrio económico

Dada la naturaleza de la contratación pública, el equilibrio económico se muestra como un principio de real importancia cuando se busca el beneficio de ambas partes, el elemento económico inherente a este tipo de contratos se encuentra presente en todo momento y determina tanto la celebración, la ejecución como la terminación del contrato.

Si bien el contratista al momento de suscribir un contrato con la administración pública se obliga a la realización del objeto del mismo en las condiciones acordadas, lo justo es que perciba por tales obligaciones una retribución económica que se traduce en el precio.

La colaboración del particular en calidad de contratista frente a la administración pública busca de parte de él, una ganancia que no sea excesiva pero si justa en atención al objeto y condiciones del contrato, compareciendo de forma libre y voluntaria si bien se encuentra en términos de desigualdad frente a la administración pública, lo cierto es que sus derechos no pueden ser conculcados, es así que la Constitución de la República en el artículo 66, dentro de las garantías que reconoce a las personas determina el derecho a la libertad de contratación, de trabajo, proscribiendo en general cualquier tipo de trabajo gratuito o forzoso.

La ganancia que busca el contratista se obtiene básicamente de la diferencia entre el costo de la obra y el precio total acordado en el contrato, relación que se muestra legítima y encaja debidamente con lo dispuesto por la legislación que rige en la materia.

El equilibrio económico financiero debe estar presente al momento de la suscripción del contrato, contratante y contratista deben procurar un entendimiento que sea satisfactorio para ambas partes que no conlleve al perjuicio de uno u otro, estando llamada la administración pública a tutelar los recursos económicos del Estado y el interés público por la obra contratada frente al lucro que siempre buscará el contratista y que debe ser debidamente calculado desde un inicio, atendiendo todas las contingencias que se traducen en un mayor o menor riesgo, más aun si el sistema de pagos se dará bajo la modalidad de precio fijo o suma global.

El aseguramiento de la financiación de la obra está dado a través de la certificación de disponibilidad presupuestaria que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con aquello el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) en el artículo 115 determina que “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”, la vulneración de la norma determina la destitución de los funcionarios responsables siendo además responsables

personal y pecuniariamente de conformidad con lo que señala el artículo 178 *ibídem*, sin embargo, tal aseguramiento no puede ser ilimitado, de ahí la importancia de la aplicación de este principio que busca conciliar los intereses contrapuestos del contratante y contratista.

El principio de equilibrio económico vinculado al principio de igualdad determina la ecuación financiera del contrato que de ninguna forma asegura la rentabilidad desmesurada del contratista sino que busca una simetría entre carga y beneficio para ambas partes.

Análisis de la asignación de riesgos y responsabilidades

Se ha sostenido que el contrato administrativo no es inmutable dadas las prerrogativas de que goza la administración pública a fin de tutelar el interés público y además sostener el principio de equilibrio económico en el contrato dentro del marco dispuesto por la Ley, pues caso contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad y el de seguridad jurídica.

Mantener el equilibrio económico en el contrato resulta de trascendental importancia pues esto incide en todas aquellas obligaciones de carácter patrimonial, recayendo en lo principal esta responsabilidad en el contratante, dadas las facultades que le otorga la ley.

El riesgo y la responsabilidad en el contrato están vinculados, por ello es importante identificarlos y evaluarlos antes de optar por un tipo o modalidad contractual, frente a los riesgos que asume contratante y contratista es necesario precisar su asignación y establecer en el contrato mecanismos para atenuarlos además “asignar el riesgo residual (que siempre existe) a aquella parte que está en mejores condiciones de absorberlo.”³³

Si bien queda claro que la entidad contratante no puede contratar sin respaldo económico financiero, lo cierto es que en la práctica se dan contingencias que muchas veces no son previstas al momento de establecer la ecuación económico-financiera del contrato, lo que trae consigo retrasos e incumplimientos, el hecho es que no se puede pretender que el contratista asuma los costos de la obra o de los retrasos de la misma, cuando el incumplimiento se da de parte del contratante. En igual sentido el contratante no puede asumir con los costos causados por el incumplimiento del contratista.

El equilibrio financiero del contrato administrativo puede alterarse por tres motivos principales:

1°. Por motivos ajenos a la voluntad de las partes o a la intervención del Estado, como la fuerza mayor y el caso fortuito [...]

2°. Por motivos originados en el comportamiento de la administración contratante, en la ejecución del contrato, por incumplimiento cabal de las obligaciones asumidas o por cambios ordenados alterando las estipulaciones contractuales con afectación, en cualquier forma, de la parte económica del contrato [...]

3° Por motivos generados en la voluntad del Estado, al que pertenece la administración pública contratante, que ocasionen alteraciones económicas en el contrato. Se relacionan con

³³ Jorge Ducci y otros, 5

las disposiciones estatales dictadas en virtud de sus potestades públicas, como la creación de un tributo o el alza de sueldos y salarios.³⁴

Las responsabilidades y los riesgos dentro del contrato al momento de establecer la ecuación económico-financiera deben ser debidamente asignados, aun cuando los mismos ya derivan de tal o cual modalidad contractual y sistema de pago, es así que contratada la obra por precios unitarios la responsabilidad y el riesgo se comparte entre contratante y contratista, dado que el precio está sujeto a las cantidades de obra ejecutadas, sin embargo, contratar la obra por precio fijo o suma global, es decir por un precio único y total, implica lo que señala el último inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que los contratistas “asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.”, esto no significa que el contratista asuma ilimitadamente todo tipo de riesgos pues bien lo señala la norma estos se asumen bajo las condiciones acordadas en el contrato, en este sentido resulta pertinente lo que señala Arturo Prado Puga respecto del contrato llave en mano ajustado a suma alzada, suma global o precio fijo:

El contrato “llave en mano” ajustado a suma alzada significa en definitiva, que el precio de la obra se fija, como hemos dicho, a un tanto global y requiere, por lo tanto una invariabilidad en el curso de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio.

La posibilidad de ajustar el precio del contrato se produce, en cambio, precisamente cuando el contratista se ve obligado a incurrir en mayores costos asociados a la construcción de la obra por causas que no le son imputables. De esta manera, tratándose de un contrato conmutativo, con el objeto de mantener la equivalencia de las prestaciones recíprocas y evitar que una parte se enriquezca a costa de la otra se debe, en tal caso, ajustar el precio y extender los plazos para su ejecución.³⁵

Dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se prevé como causas que pueden alterar el equilibrio económico del contrato, a la fuerza mayor o caso fortuito, mismas que pueden dar lugar de forma exclusiva a la terminación del contrato por mutuo acuerdo y ser aducidas por el contratista siempre y cuando el contratante las acepte, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 55 en su inciso 3º, lo idóneo en caso de la ruptura o desequilibrio económico del contrato es procurar restablecerlo para que el objeto del contrato pueda cumplirse y contrarrestar minimizando cualquier afectación económica negativa en las partes, para ello la ley prevé mecanismos tan extremos como la terminación del contrato la cual puede darse por mutuo acuerdo únicamente en el caso antes señalado de

³⁴ Marco Idrobo Arciniega, “La contratación administrativa en el Ecuador”, 66-7

³⁵ Arturo Prado Puga, *El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 41 No.2, 2014,(765-783) , 780

fuerza mayor o caso fortuito, sin que el contratista al tenor de la norma antes señalada pueda aducir como causales de terminación del contrato por mutuo acuerdo “circunstancias imprevistas, técnicas o económicas”. En todo caso siguiendo con el artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contratante goza de la prerrogativa de terminar unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento del contratista o cuando “ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.”

Es importante señalar que en lo concerniente al riesgo que puede afectar el principio de equilibrio económico, la doctrina y la jurisprudencia reconocen con cierta uniformidad que en la hipótesis de que el contratista se enfrente a un riesgo normal, sus implicaciones de concreción son asumidas por éste, lo que no ocurre frente a un riesgo anormal.³⁶

Por otra parte se establece que la ecuación económico-financiera del contrato puede restablecerse a través de diversos mecanismos entre los cuales destacan las teorías de la imprevisión y el acto del príncipe.

Respecto de la teoría de la imprevisión, Idrobo citando a Marrenhoff dice:

La teoría de la imprevisión ha sido definida como el mecanismo que, ante situaciones anormales e imprevisibles, ajenas a la voluntad de las partes, surgidas después de la celebración del contrato, con carácter transitorio, alteran la ecuación económico-financiera, perjudicando al contratante. Entonces, la administración debe intervenir, financieramente y con la debida oportunidad, para restablecer el equilibrio y hacer posible el cumplimiento del contrato.³⁷

Ahora el problema se presenta en cuanto al grado de intervención que se pretende, pues para unos debe ser total mientras que para otros, tan solo parcial, quienes sostienen que debe ser total argumentan que sólo así se pueden limitar eficientemente los riesgos que deben ir de la mano con las cargas reales que soporta el contratista en un momento dado.

En el campo de la teoría de la imprevisión resulta aplicable el principio *res perit dominio* –las cosas perecen para su dueño–, siendo que el tipo de riesgos anormales, imprevisibles y no conocidos que establece la teoría que implican la generación de costos en la ejecución de la obra, “no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra.”³⁸

³⁶ Fernando Silva García, *Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual, desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral*, Revista@ e-Mercatoria, Volumen 6, Número 2 (2007), 32 <file:///C:/Users/hbgm/Downloads/Dialnet-UnaAproximacionALaVisionDeLaCorreccionDelDesequili-3626158.pdf>

³⁷ Marco Idrobo Arciniega. “La contratación administrativa en el Ecuador”, 68

³⁸ Fernando Silva García, “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual, desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, 17

Idrobo citando a Rivero dice que la jurisprudencia administrativa francesa, con reconocimiento en el mundo entero, ha señalado que:

La ruina del contratista, consecuencia de mantener el rigor de las estipulaciones, podría ser de tal naturaleza que dificultaría la continuidad en la satisfacción de las necesidades públicas; la teoría de la imprevisión tiene por objeto asegurar esta continuidad; ella distribuye el riesgo entre los dos contratantes; la persona pública paga al contratista una indemnización que le permite continuar la ejecución³⁹

Al acto o hecho del príncipe por su parte se lo conoce, como “el acto que realiza la administración en virtud de sus potestades públicas, afectando el equilibrio económico-financiero del contrato, en perjuicio del contratista particular, como la creación de impuestos, el establecimiento de precios oficiales más altos para bienes utilizados en los contratos, la expedición de leyes incrementando sueldos y salarios, etc.”⁴⁰

En este caso no se trata de situaciones anormales e imprevisibles sino de actuaciones voluntarias de la administración pública que se dan en virtud de su potestad y que rompen el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato una vez suscrito este, para el restablecimiento del equilibrio económica la doctrina sostiene que se requiere una indemnización total de parte de la administración pública quien es la responsable de la ruptura del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato así lo señala Idrobo citando a Marienhoff “el efecto del acto del príncipe en el contrato es la indemnización total de los perjuicios ocasionados al contratista, debiendo comprenderse el daño emergente y el lucro cesante”⁴¹. Es importante señalar que en el caso de acto o hecho del príncipe la actuación de la administración pública no está dirigida de forma particular al contrato y no se limita a un simple acto de la entidad contratante pues proceden de ejercicio de sus potestades con afectación indeterminada.

Ahora en el Ecuador el mecanismo de compensación que la ley establece se da a través del reajuste de precios, sin embargo, dentro de la contratación integral a precio fijo existe una prohibición expresa cuando el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que en esta clase de contratos se prohíbe “la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios.”

³⁹ Marco Idrobo Arciniega, “La contratación administrativa en el Ecuador”, 69

⁴⁰ *Ibíd.*, 69

⁴¹ *Ibíd.*, 70

Si bien la ruptura de la ecuación económico-financiera puede verse afectada por situaciones anormales e imprevisibles, actos voluntarios de la administración pública o entidad contratante que no están dirigidos al contrato, también pueden darse actos u omisiones voluntarios de la entidad contratante dirigidos específicamente al contrato.

Idrobo manifiesta que:

En la ejecución del contrato, la administración puede emitir órdenes que alteren limitadamente el alcance de las estipulaciones contractuales; realizar acciones que impidan el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales, con retardos indeseados; celebrar contratos paralelos cuyo desarrollo perturben el normal cumplimiento del suyo; cambiar planos, especificaciones técnicas, etc. todos estos actos, y otros similares, ocasionan innegables perjuicios económicos al contratista.

Asimismo, la administración puede omitir, injustificadamente, la entrega de anticipos pactados; atrasarse en los pagos sucesivos; no entregar planos, estudios o permisos de importación, perjudicando en esa forma al contratista⁴².

Estos casos pueden ser de tal gravedad que originen la paralización de la obra y la terminación del contrato. Sin que se pueda determinar alguna responsabilidad del contratista, éste debe ser debidamente indemnizado por los perjuicios causados, indemnización que comprenderá el daño emergente y el lucro cesante. La responsabilidad de la entidad contratante es total y debe asumirla de conformidad con lo que determina el marco legal vigente, lo contrario dará paso a las acciones judiciales y extra-judiciales pertinentes.

Idrobo sostiene que en estos casos “La forma de hacer efectivas las expresadas compensaciones indemnizatorias puede ser por vía extrajudicial, a través de los contratos complementarios, y por vía jurisdicción en caso necesario”⁴³, sin embargo el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su parte pertinente señala que en el caso de la contratación integral por precio fijo se prohíbe de forma expresa la celebración de contratos complementarios, incluso dice la ley “el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito”, como se puede ver esta modalidad de contratación a “precio fijo” establece prohibiciones rigurosas que limitan su desarrollo.

Guardando amplias concordancias la contratación integral por precio fijo con los contratos llamados llave en mano o de diseño y construcción es importante advertir lo que de ellos señala una nota técnica del BID:

[...] a priori este tipo de contratos pueden ser más costosos para el mandante, porque necesariamente se basa en menores niveles de información para los oferentes (mayor riesgo), y

⁴² *Ibíd.*, 71

⁴³ *Ibíd.*, 72

pueden limitar la posibilidad de la participación de empresas pequeñas o medianas. De igual manera, el esquema no suple deficiencias institucionales del organismo ejecutor para llevar a cabo los proyectos, que necesitará una supervisión más fuerte para la verificación de resultados.

No obstante, hay condiciones específicas en las cuales este tipo de contratos son recomendables y estas deben ser tomadas en cuenta en su utilización. Entre otras, se debe disponer de una prefactibilidad mínima de los proyectos, la cual permita que la asimetría o incertidumbre de información no sea traducida en sobrecostos, teniendo en cuenta que la contratación se realiza por precio global.

Estudio de prefactibilidad mínimo de los proyectos que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al establecer como requisito para que proceda la contratación integral por precio fijo, el que la entidad contratante cuente con estudios completos, definitivos y actualizados, sin embargo tales estudios serán nada más que un referente ante el cual el contratista tomará sus debidos resguardos ante los eventuales riesgos asociados a la información deficiente o asimétrica, respecto tanto de la obra a ejecutarse como de las condiciones de trabajo, lo cual se traducirá en mayores costos, entendiéndose que “los licitantes son en general adversos al riesgo y el criterio normal de valoración de estos riesgos considera analizar la peor situación posible, es decir, aquella de máximo costo para el contratista.”⁴⁴

Sobre la distribución del riesgo contractual en el marco del contrato a precio fijo es importante destacar lo citado por Fernando Silva García respecto de un laudo proferido para resolver las diferencias entre Augusto Moreno Murcia y otros contra el Invías, de fecha 15 de marzo de 2002:

[...] se planteó que si las partes han pactado la celebración de un contrato a precio fijo, el hecho de proceder de tal manera implica una forma de distribución del riesgo contractual, que deja sin efecto las previsiones legales sobre reajuste de precios en los contratos estatales, que regula la Ley 80 de 1993, a menos que se pruebe que ocurrieron circunstancias especiales que no era posible prever, diferentes a las del simple paso del tiempo, o a menos que demuestre que el contrato se prolongó más allá de lo acordado.⁴⁵

Para cerrar con el presente capítulo se dirá que la contratación integral a precio fijo es una modalidad contractual pues debe cumplir con todos los requisitos dispuestos para la celebración de los contratos tanto en leyes generales como el Código Civil como en la normativa específica como la LOSNCP y su Reglamento, concurriendo un acuerdo de voluntades en los márgenes dispuestos por la Ley, dando respuesta a la interrogante de

⁴⁴ Jorge Ducci y otros, 9

⁴⁵ Árbitros Álvaro Escobar Henríquez, Juan Pablo Cárdenas y José Alejandro Bonivento Fernández. Citados por Fernando Silva García, *Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual, desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral*, Revista@ e-Mercatoria, Volumen 6, Número 2 (2007), 23 <file:///C:/Users/hbgm/Downloads/Dialnet-UnaAproximacionALaVisionDeLaCorreccionDelDesequili-3626158.pdf>

¿Cuáles son los efectos prácticos y jurídicos que se suscitarán en las entidades contratantes al confundir un procedimiento precontractual con una modalidad contractual? se dirá que los mismos se muestran dado que en la práctica bajo los lineamientos de la LOSNCP hablar de tipo, modalidad o procedimiento resulta ser lo mismo, aun cuando no lo son siendo que el procedimiento hace referencia a un conjunto de actos destinados a un fin específico como es la selección del contratista y una modalidad contractual hace referencia a un tipo de contrato, el de obra para el caso de la contratación integral por precio fijo, siendo necesario que la ley diferencie entre un tipo de contrato como el de obra, una modalidad que puede ser a precios unitarios, suma global o precio fijo y un procedimiento de selección al cual se somete el contratista como lo es la licitación, procedimiento común que tiene un objetivo específico y al cual se referirá el siguiente capítulo a fin de establecer sus elementos e incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la LOSNCP diferentes de los elementos y características de una modalidad contractual y así establecer las razones por las cuales la contratación integral por precio fijo mal podría estar regulada por la LOSNCP dentro de los procedimientos especiales de contratación pública.

Capítulo Segundo

Procedimiento a seguir para la contratación integral por precio fijo

El artículo 54 de la LOSNCP es claro al determinar la licitación como procedimiento de selección del contratista para favorecerse dentro de lo ya señalado en el capítulo anterior, una modalidad contractual, la contratación integral por precio fijo. La licitación prevista en el Capítulo III del Título III de la Ley y que se utiliza en los tres casos señalados por el artículo 48 de la LOSNCP teniendo como referencia entre otras cosas el monto del presupuesto referencial, que para la contratación integral por precio fijo será el que sobrepase el valor que resulta de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 53 numeral 3 de la LOSNCP, siendo este uno de los criterios relevante que definen el procedimiento de selección del contratista a través de la licitación, a criterio del autor bien podría incluirse un numeral que considere dicho monto y así evitar la confusión que crea la ley cuando inadecuadamente regula la contratación integral por precio fijo dentro de los procedimientos especiales de contratación, cuando se trata de una modalidad contractual que debería estar regulada en el ámbito general de la ley, en el Título III “De los Procedimientos”, capítulo I “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, sección I “Sobre la contratación para la ejecución de obras, [...]”, para luego remitirse a un tipo de procedimiento de selección del contratista común u ordinario, como lo es la licitación. En tal sentido tratados en el capítulo precedente los requisitos, elementos, principios y características generales y específicos de una modalidad contractual es imprescindible realizar el mismo análisis respecto a los requisitos, elementos, principios y características del procedimiento con el fin de clarificar las diferencias de cada uno.

El Estado para el cumplimiento de sus objetivos se organiza bajo principios, que sustentan su actividad, respetando los ideales y valores del ser humano que se establecen como garantías básicas dentro de la Constitución de la República que define a la Administración Pública en su artículo 227 como “un servicio a la colectividad”⁴⁶.

⁴⁶ Art.227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transferencia y evaluación.

De la Administración Pública el profesor Granja Galindo dice que ésta tiene por objeto “el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado para lograr diferentes fines a favor de la colectividad”⁴⁷ siendo el servidor público responsable por los actos u omisiones que realiza en el cumplimiento de sus funciones al tenor de lo dispuesto por el artículo 233 de la Constitución de la República, responsabilidad de carácter administrativo, civil y penal “por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”⁴⁸, en concordancia con esto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 65 determina que los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad del contrato serán responsables administrativa, civil y penalmente; siendo además al tenor de lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en las diferentes etapas de los procedimientos precontractuales así como en la ejecución misma de los contratos.

De esta forma el Estado, la administración y el servicio público procura a través del desarrollo de su actividad materializar aquellos ideales y valores que se muestran como pilares dentro de un Estado definido como “constitucional de derechos y justicia”⁴⁹ y tienen que ver con la libertad, la justicia y la seguridad.

Instituyéndose como fin primordial del Estado la satisfacción de las necesidades de la sociedad en su conjunto, las mismas se muestran ilimitadas frente a un aparato estatal limitado en infraestructura y recursos tanto humanos como materiales, ante esta situación el Estado, a través de sus instituciones, tienen la necesidad de abrirse al mercado a fin de que los proveedores de bienes, servicios u obras oferten sus productos para la construcción de obras, provisión de insumos, etc., sometándose para el efecto de su selección a un procedimiento regulado por la ley, encaminado a una futura contratación

⁴⁷ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Loja: Editorial UTPL, 2005), 100

⁴⁸ Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

⁴⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. I “Elementos constitutivos del Estado”, cap. primero, art.1.

Dentro del derecho público, se encuentra en la doctrina y el derecho comparado varios procedimientos de selección para la contratación pública que emanan de la administración, siendo esta su naturaleza, la administración ha de buscar que estos procedimientos sean en lo posible claros y sencillos tanto para los licitadores u oferentes como para la propia administración, que busca cubrir la asfixiante demanda que proviene de diversos sectores, eso sí, sin descuidar el correcto proceder y la transparencia que demanda el manejo de los recursos públicos.

La correcta regulación de los procedimientos de selección para la contratación pública, trae consigo la aplicación de principios básicos admitidos tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho comparado y que tienen que ver, entre otros, con la concurrencia, la igualdad, la publicidad, la oposición o contradicción. Determinándose estos principios como garantías tanto para el Estado y la Administración Pública, como para los licitadores u oferentes de bienes, servicios u obras, debiendo estar la contratación pública dirigida a obtener siempre mayor calidad, eficiencia y eficacia, al menor precio posible, objetivos que se alcanzan a través de una correcta regulación de los procedimiento de selección que demanda un cabal cumplimiento y control de parte de los organismos competentes.

En el Ecuador la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública distingue dos tipos de régimen de contratación: el general y el especial señalado en el artículo 2 de la Ley para bienes y servicios específicos cuyo procedimiento constará en el reglamento general a la ley sin que se admita la reglamentación por cada entidad.

Dentro del régimen general se encuentran: 1. Los procedimientos dinámicos que comprende las compras por catálogo para bienes y servicios normalizados; y, la subasta inversa para adquisición de bienes y servicios normalizados no catalogados; 2. los procedimientos que llamaremos comunes para bienes y servicios normalizados, no normalizados (salvo consultoría) y obras, dentro de tales procedimientos se encuentran la licitación, la cotización, las contrataciones de menor cuantía y las de ínfima cuantía; 3. Los procedimientos especiales que comprenden la contratación integral por precio fijo para obras; las contrataciones en situaciones de emergencia para obras, bienes o servicios (incluido consultoría); la adquisición de bienes inmuebles; el arrendamiento de bienes inmuebles; y las ferias inclusivas para adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. Además se encuentran los procedimientos de consultoría donde se hallan la contratación directa, la lista corta y el concurso público.

Presentándose la licitación como uno de aquellos procedimientos de selección –para muchos autores el de mayor difusión y relevancia–, al cual se remite la contratación integral

por precio fijo, que es materia del presente trabajo, es necesario determinar respecto de éste procedimiento, sus elementos, características y principios que inciden en él y, que se encuentran contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.1. La Licitación

El origen etimológico de la palabra licitación no la define claramente cuando el mismo lo confunde con la subasta que no es lo mismo⁵⁰, sin que exista en la doctrina un criterio uniforme, la figura de la licitación posee características propias que la diferencian de otras figuras semejantes.

Para Lucía Valle Figueiredo, la licitación “es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona sus proveedores, sus contratistas para obras o servicios [...]”⁵¹

Por su parte Enrique Sayagués Laso, en una construcción más elaborada define a la licitación en los siguientes términos:

La licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.⁵²

De esta forma queda establecido que la licitación es un procedimiento administrativo complejo que comprende varias etapas que contemplan distintas características, objetivos y fines.

La doctrina⁵³ determina que existen diferentes tipos o clases de licitación, básicamente: la pública y la privada. En el Ecuador, la legislación no hace una discriminación entre licitación pública y licitación privada, definiendo a la misma la LOSNCP como “un procedimiento de contratación”⁵⁴, entendiéndose que el objetivo y fin último del procedimiento licitatorio es el perfeccionamiento o formalización del contrato asegurando

⁵⁰ Rafael Alejandro Manzano Ortega, *La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa*, 3

⁵¹ Lucía Valle Figueiredo, “Licitación ay administración indirecta”, *Revista de Derecho Público* (enero-diciembre 1979): 134.

⁵² Enrique Sayagués Laso, “La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas (nota de jurisprudencia)”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año.48, núm. 1, enero, 1950, 42.

⁵³ Manuel Lucero Espinosa, Rodrigo González Sandoval y Rafael Alejandro Manzano Ortega.

⁵⁴ LOSNCP, art.48.

para la administración pública las mejores condiciones posibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, también contempla “la eficiencia, eficacia y honradez; aspectos, estos últimos, que integran la moralidad administrativa”⁵⁵.

Nicolás Granja Galindo refiriéndose a la licitación pública y a la licitación privada, dice:

La licitación pública o abierta es aquella en la que pueden concurrir a brindar oferta todas las personas que deseen hacerlo y que se encuentren en capacidad para ello. Pues, va dirigida a un número indeterminado de empresas, siempre que reúnan las condiciones generales exigidas para la presentación.

La licitación privada o cerrada, por el contrario, es la invitación a ofertas que la administración pública hace directamente a determinadas empresas o personas, en cada caso, a través de una lista. Establecida esta, el procedimiento para la elección de co-contratante es igual que el seguido en la licitación pública, cuyas reglas rigen subsidiariamente⁵⁶.

Tres son los casos en que procede la licitación pública al tenor del artículo 48 de la LOSNCP:

- 1) Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
- 2) Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
- 3) Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

El artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla como un procedimiento diferente a la contratación integral por precio fijo, sin embargo en su párrafo final hace referencia que para estas contrataciones se debe realizar una licitación por lo cual el artículo en referencia debería añadirse al artículo 48, ya que es este el que habla de la licitación.

⁵⁵ Manuel Lucero Espinosa, “La licitación pública”, 11.

⁵⁶ Nicolás Granja Galindo, “Fundamentos de derecho administrativo”, 339.

2.1.1. Elementos

El procedimiento administrativo de la licitación se desarrolla a través de un conjunto de actos concatenados, que comprenden las diferentes fases o etapas del procedimiento que se lleva a cabo con un objetivo específico, bajo estos lineamientos se puede decir que los elementos que integran una licitación pública, son:

- 1) Autorización presupuestaria;
- 2) Bases o pliegos de condiciones;
- 3) Convocatoria
- 4) Presentación de ofertas o propuestas
- 5) Apertura de ofertas;
- 6) Adjudicación; y,
- 7) Perfeccionamiento o formalización del contrato⁵⁷.

Por su parte la LOSNCP en su artículo 49 distingue dos fases: 1. La fase preparatoria que comprende a su vez la conformación de la Comisión Técnica y la elaboración de las bases o pliegos de condiciones; y, 2. la fase precontractual que comprende “la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.”

Fase preparatoria:

PLAN ANUAL DE CONTRATACIÓN Y ESTUDIOS PREVIOS

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina en el artículo 22 que las Entidades Contratantes deben coordinar su accionar con el Plan Nacional de Desarrollo, para el efecto el citado artículo señala que “Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado”, exigiéndose además una inter-operatividad entre la página Web de la Entidad Contratante y el portal compras públicas (www.compraspublicas.gov.ec) donde se publicará dentro de los primeros quince días el plan anual de contratación y subsiguientemente de proceder, sus reformas.

Por otra parte el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que atendiendo la naturaleza del objeto del contrato, la entidad contratante

⁵⁷ Manuel Lucero Espinosa, “La licitación pública”, 18.

antes de iniciar un procedimiento precontractual contará “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”, en concordancia con aquello el artículo 53 establece como requisito para que pueda acordarse la celebración de un contrato integral por precio fijo “Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.”, cabe destacar que en este caso la norma no habla de diseños completos sino tan solo de estudios completos, lo cual sería coherente pues bajo esta modalidad de contratación lo lógico es que el diseño completo, es decir en detalle, corresponda al contratista quien asumirá todos los riesgos y responsabilidad por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas en él. Como se puede observar los estudios previos son un requerimiento general para que proceda cualquier procedimiento de contratación pública relacionado con la ejecución de obras, en relación a la modalidad de contratación por precio fijo la LOSNCP establece ciertos condicionamiento particulares dada las características de dicha modalidad contractual donde el riesgo es trasladado en su totalidad al contratista a fin de procurar dar cumplimiento al principio de equilibrio económico al cual ya se refirió el presente trabajo en el capítulo I.

COMISIÓN TÉCNICA

Previo a la conformación de la comisión técnica es importante destacar que un requerimiento básico para llevar a cabo el procedimiento licitatorio lo constituye la autorización presupuestaria, es así que el artículo 24 de la LOSNCP determina que “las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.”, otros aspectos que se deben considerar sobre la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios comprenden al Plan Anual de Contratación definido en el artículo 22 de la LOSNCP con el cual deben contar las entidades contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo; y, la necesidad de contar con estudios, al respecto el artículo 23 de la LOSNCP dice:

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.

Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de

participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

La LOSNCP en su reglamento determina que para el procedimiento licitatorio se conformará una Comisión Técnica cuyos informes serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado, estos informes contendrán “el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso”⁵⁸, de requerirlo el proceso dice la LOSNCP en su reglamento, la respectiva Comisión Técnica podrá integrar subcomisiones que apoyen su trabajo en temas específicos como el “análisis de las ofertas técnicas presentadas”⁵⁹.

PLIEGOS DE CONDICIONES

Una vez integrada la Comisión Técnica para el procedimiento licitatorio, la entidad contratante se encargará de elaborar las bases o pliegos de condiciones para cada contratación que deberán ser aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, observando como referencia los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables.

Las condiciones establecidas en los pliegos tienen como finalidad alcanzar la combinación más ventajosa en la relación costo - beneficio del bien, servicio u obra a ser contratado.

Fase precontractual:

CONVOCATORIA

La fase precontractual inicia con la publicación de la convocatoria en el portal www.compraspublicas.gov.ec siendo su contenido regulado por la SERCOP en la misma se determinará hasta que día y hora se deberán entregar las ofertas técnica y económica.

La convocatoria es la aplicación del principio de publicidad; a fin de cumplir el principio de concurrencia, es decir, que se presenten la mayor cantidad de adquirientes de los documentos precontractuales y en consecuencia de licitadores u oferentes.

⁵⁸ Ecuador. Presidencia de la República, “Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Decreto Ejecutivo No.1700 publicado en *Registro Oficial* Suplemento, No.588 (Quito, 12 de mayo de 2009), Título III “De los Procedimientos”, Capítulo I “Normas Comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, Sección I “Disposiciones Generales”, art.18.

⁵⁹ *Ibíd.*, art.19.

Como contenido mínimo de la convocatoria se puede señalar: el objeto del contrato, la institución contratante, las fechas de las aclaraciones, la recepción y apertura de las ofertas y las garantías.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

El Reglamento de la LOSNCP determina que una vez hecha la convocatoria, los licitadores u oferentes puedan formular preguntas acerca del contenido de los pliegos, mismas que deberán ser respondidas por la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica en el término establecido en los pliegos de condiciones.

ACLARACIONES

De conformidad con lo que establece el Reglamento de la LOSNCP en el artículo 22, a través de aclaraciones, los pliegos de condiciones pueden ser modificados, siempre y cuando no se alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencia, situación que puede darse por iniciativa propia de la máxima autoridad de la entidad contratantes, su delegado o la comisión técnica, o a petición de parte de los licitadores u oferentes.

PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Si bien el manejo de la información del procedimiento licitatorio se lo hace a través del portal de compras públicas, dado el nivel de complejidad y magnitud, de la información de ciertos proyectos, el Reglamento de la LOSNCP en su artículo 50 dispone que “de manera excepcional considerando el nivel de complejidad y magnitud de la información a presentarse, y previo conocimiento del SERCOP, las ofertas podrán ser entregadas físicamente en el lugar, día y hora señalados en la convocatoria por la entidad contratante.”

El contenido de las ofertas debe sujetarse estrictamente a los requerimientos exigidos en el pliego de condiciones, debiendo fijar el término entre la convocatoria y el cierre de recepción de ofertas la entidad contratante, éste no será menor a 10 días ni mayor a 30, salvo el caso de contrataciones de obras donde el término podrá ser hasta de 45 días.

Si bien las ofertas, una vez presentadas no pueden ser modificadas, cabe respecto de ellas, la convalidación de errores de forma al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la LOSNCP.

APERTURA DE OFERTAS

En el portal de compras públicas se llevará a efecto el acto de apertura de sobres con las ofertas y se publicará al menos la información básica sobre los resultados. En los casos en que las ofertas fueron presentadas en físico, la apertura de sobres se llevará a efecto en el lugar señalado en la convocatoria.

El análisis de las ofertas lo llevará a cabo la Comisión Técnica debiendo su evaluación sujetarse a los parámetros de calificación previstos en los pliegos de condiciones, comprendiendo tanto la propuesta técnica como la económica. El artículo 54 inciso 4º del Reglamento a la LOSNCP determina que la oferta evaluada como la mejor será aquella que obtenga el mejor costo de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP que dice “Mejor Costo en obras, o en bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presente y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.”

ADJUDICACIÓN

Por último le corresponde a la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, el acto de adjudicación del contrato mediante resolución motivada de conformidad con lo que dispone el artículo 24 del Reglamento de la LOSNCP.

Si bien aún no pueden calificarse como voluntades contractuales la presentación y recepción de oferta, el rechazar una o todas las propuestas, el retiro de oferta, la exclusión de licitador u oferente, etc., estos crean un vínculo jurídico obligacional como alternativa previa al contrato (precontrato administrativo); generan una relación jurídica especial que origina derechos y deberes anteriores al contrato, y no confundibles con los derechos y obligaciones derivados del contrato.

El periodo preliminar del contrato, más allá de las meras negociaciones previas, supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones de voluntad de las partes que anticipan un contrato futuro. Es sin duda arbitrario reconocer que una de las partes tenga un derecho ilimitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque un llamado a licitación después de que el licitador u oferente cubrió a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta. Por ello, no puede negarse una fuerza vinculante a la actividad precontractual.

En tal sentido se debe advertir que existe una responsabilidad precontractual, ya que si bien el licitador u oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, en el caso de mediar un comportamiento antijurídico de la entidad que licita, tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de la relación jurídica precontractual que lo liga al Estado, en la medida en que el licitador u oferente no provocó ni motivó el vicio.

2.1.2. Características

Manuel Lucero Espinosa señala que la licitación presenta las siguientes características:

- 1) Es un procedimiento, en virtud de que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- 2) Ese procedimiento tiene como finalidad seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual la Administración Pública habrá de celebrar un contrato determinado.
- 3) La selección se hace sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas para la Administración Pública.⁶⁰

Conforme a esta última característica, algunos autores señalan que la licitación es un procedimiento automático, ya que consideran que la elección del contratante se basa exclusivamente en la simple determinación de la persona que ha ofrecido el precio más bajo. Esto resulta inexacto, toda vez que si bien la licitación tiene como finalidad seleccionar al licitador que haya ofrecido las condiciones más convenientes para la Administración, el precio más bajo dista mucho de representar las condiciones más convenientes.

En efecto, la oferta más barata no siempre resulta la más conveniente, ya que en muchas ocasiones tal situación puede acarrear innumerables problemas para la administración pública y para la economía nacional. Por ello debe rechazarse tal oferta, sobre todo si el precio cotizado es irrisorio, es decir, cuando resulta desproporcionado con relación a los precios de los productos u obras que rigen en el mercado o cuando el precio más bajo se oferta con tendencia monopolísticas.

Por ello, la administración pública no debe proceder de manera automática a seleccionar como su co-contratante a quien le haya presentado la oferta más barata, sino que es menester que haga un análisis que determine si dicha oferta resulta la más conveniente.

En consecuencia, como lo señala Mairal:

Todas estas consideraciones indican que la regla del más bajo precio dista de ser un patrón automático para adjudicar las licitaciones, pese a lo sostenido por un sector de la doctrina. Por ello consideramos que una decisión que tome en cuenta todos los factores que inciden en el costo para la Administración [...], siempre que esté debida y razonablemente fundada, será inatacable desde el punto de vista de su legitimidad⁶¹.

Como ya se dijo la licitación no es ni un contrato, ni un acto, es pues un conjunto de actos administrativos concatenados para el cumplimiento de un objetivo común y específico que se concreta en la celebración de un contrato, definiendo de esta manera la LOSNCP a la licitación como un procedimiento de contratación que se utiliza en los casos previstos por la Ley⁶².

⁶⁰ Manuel Lucero Espinosa, "La licitación pública", 9.

⁶¹ Héctor Mairal, *Licitación Pública* (Buenos Aires: Depalma, 1975), 38-9

⁶² LOSNCP, art.48

La licitación se la lleva a cabo a través de diversos actos administrativos que van desde la elaboración del pliego de condiciones hasta la adjudicación del contrato y su correspondiente notificación, formas jurídicas que en suma configuran el procedimiento licitatorio.

Estos actos administrativos que conforman el procedimiento de licitación se encuentran debidamente regulados por la Ley o el reglamento, esto en aplicación al principio de legalidad, siendo la ley y el reglamento fuentes primarias del Derecho Administrativo.

Resulta inherente al procedimiento de licitación la finalidad de seleccionar al licitador u oferente más adecuado para la suscripción del contrato, tomando en consideración las condiciones más ventajosas para la administración pública que se concretan no solo en el precio o costo más bajo sino además en otros condicionamientos relacionados incluso con la ética y la moral administrativa.

Si se afirma que los actos que integran el procedimiento de licitación pública no fueran separables, ni autónomos, ni independientes entre sí, sino que se encuentran incorporados al contrato de manera unitaria, se restringiría en gran medida la protección jurídica de los licitadores u oferentes, pues sólo sería impugnabile el contrato, no sus actos preparatorios, preliminares, esenciales y de integración. Por ello, sólo las partes contratantes, o sea el ente público y el adjudicatario (no los demás licitadores u oferentes), estarían legitimados sustancial y procesalmente para impugnarlo. Los licitadores u oferentes no adjudicatarios no podrían impugnarlo, ya que no serían partes en el contrato, no intervendrían en el vínculo jurídico bilateral, serían totalmente ajenos a la negociación administrativa.

Además, el adjudicatario rara vez tendría interés en atacar el procedimiento previo al nacimiento del contrato en el cual fue beneficiado, pues puede que a él no le haya ocasionado ningún perjuicio; sino que, por el contrario, se favorezca con el vicio de ilegitimidad, o puede ser que él mismo lo hubiere provocado para lograr sus fines particulares.

Por el contrario, si separamos el contrato de los actos administrativos previos que contribuyen a su constitución y conferimos individualidad y autonomía jurídica a esos actos de integración del procedimiento licitatorio preparatorio de la voluntad contractual, será más amplia la protección jurídica de los licitadores u oferentes. Entonces, será factible su impugnabilidad directa por todos los licitadores u oferentes durante la sustanciación del procedimiento precontractual y aun después de celebrado el contrato, a través de recursos administrativos y acciones procesales administrativas, como medios idóneos de impugnación de los actos administrativos separables.

2.2. Incidencia de los principios de la contratación pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Procedimiento de Licitación

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 5 de la LOSNCP, el procedimiento de licitación se interpretará y ejecutará conforme a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

2.2.1. Legalidad

Este principio lo sustenta la Constitución de la República que en su artículo 226, dice “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, [...]”

El principio de legalidad determina que el procedimiento licitatorio debe estar previsto y regulado en la ley, es así que los artículos 48 y 49 de la LOSNCP tratan sobre la licitación determinando los casos en que procede y distinguiendo las fases que comprende.

Antonio Pérez y Efraín Pérez, sobre este principio dicen:

Principio de legalidad, según el cual el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva. La contratación pública por su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la Ley, Reglamentos y documentos precontractuales, tanto para la entidad pública contratante como para el co-contratante, en todas sus etapas (adquirentes de los documentos precontractuales, oferentes, adjudicatarios, subcontratistas), se encuentra recogido en el artículo 4, citado, de la Ley⁶³.

Debiendo ser reguladas las fases preparatoria y precontractual del procedimiento licitatorio en el Reglamento de la LOSNCP conforme lo manda el último inciso del artículo 49 de la LOSNCP, se dirá que el ordenamiento jurídico ecuatoriano admite la remisión *recepticia* destacando David Blanquer que la “remisión de una ley a un reglamento es conforme a Derecho, no es contraria a la seguridad jurídica, y no implica una vulneración a la exigencia de tipificación (siempre y cuando quede suficientemente identificada, la norma reglamentaria de recepción a la que se remite la norma con rango de ley).”⁶⁴

⁶³ Antonio Pérez y Efraín Pérez, “Manual de contratos del Estado”, 25-6

⁶⁴David Blanquer, Derecho administrativo, Vol. 2º: Los sujetos, la actividad y los principios (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 632

La vulneración del principio de legalidad implica que los actos consumados en su detrimento son ilegales y nulos existiendo para el efecto órganos de control encargados de velar por su cumplimiento.

Por el principio de legalidad se determina “que toda estipulación, orden facultad o prerrogativa a la que se debe sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente” de lo transcrito se colige que nada que no esté en la ley es válido, siendo el derecho positivo el único que da validez a lo actuado por la administración pública en materia de contratación pública, debiendo los procedimientos administrativos de contratación pública como la licitación estar debidamente regulados a fin de evitar y descartar cualquier discrecionalidad de la administración pública y los licitadores u oferentes.

2.2.2. Trato justo

El principio de trato justo e igualitario se cumple cuando a los licitadores u oferentes se brindan las mismas oportunidades dentro del proceso licitatorio, sin establecerse privilegios, ventajas, o discriminaciones salvo casos de excepción dispuestos de forma expresa por la ley.

Este principio debe observarse durante todo procedimiento licitatorio y de forma particular en la elaboración de los pliegos de condiciones pues así lo establece el último inciso del artículo 20 del Reglamento a la LOSNCP que dice “los pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los licitadores u oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional”.

2.2.3. Igualdad

Junto con la publicidad, la concurrencia y la transparencia, el principio de igualdad constituye en uno de los principios rectores y característicos del procedimiento licitatorio.

Tanto la convocatoria como los pliegos de condiciones, comúnmente llamados bases de licitación deben estar diseñadas para no crear favoritismos; sus puntos deben ser respetados por todos los que deseen participar; las aclaraciones a la bases deben ser hechas con una anticipación adecuada; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura correspondiente; las propuestas deben ajustarse a lo solicitado y no pueden ser modificadas por nadie con

posterioridad al acto de presentación y apertura; los dictámenes que son el fundamento para el fallo deben ser imparciales para que el acto no sea viciado de nulidad absoluta⁶⁵.

Este principio demanda que no existan apegos o desapegos dentro del procedimiento licitatorio, cualquiera sea el motivo o circunstancia, este principio está ligado de singular manera al anterior, promoviendo además el de transparencia y la concurrencia.

La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la licitación pública, pues con base en él se asienta la moralidad administrativa que rige el procedimiento licitatorio.

De esta manera el principio de igualdad se opone a la corrupción, promoviendo valores éticos en la Administración Pública constituye un comprobador para la moral administrativa y actúa en un doble sentido entre licitadores u oferentes y su posición frente a la Administración, cumpliendo una finalidad de garantía para ambos.

Un caso de excepción se sustenta en el principio de participación nacional que beneficia la oferta de origen nacional, Antonio Pérez y Efraín Pérez señalan al respecto:

La excepción de este principio son las preferencias establecidas en algunas legislaciones, incluyendo la LOSNCP, a favor de los productos nacionales y las excepciones establecidas en determinados convenios internacionales de crédito con la Banca Multinacional de desarrollo.

La “participación nacional” es una excepción del principio de igualdad, puesto que dispone la preferencia de bienes locales sobre aquellos del extranjero.

También se relativiza el principio de igualdad con las disposiciones tendientes a favorecer una proporción mínima de participación nacional o local, con “margen de preferente”(Art.25), contratación preferente (Art.52), así como en la llamada “compra de inclusión”, para “propiciar la participación local de artesanos, de la micro y pequeñas empresas” (Art.6 Num.4), que se manifiesta para los contratos de adquisición de bienes y servicios de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, la preferencia a la “contratación con micros y pequeñas empresa, con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato”. En los contratos de obra con estos procedimientos se establece la prioridad para “profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato” (Art.52 Inc.2)⁶⁶

2.2.4. Calidad

Principio que garantiza de forma expresa tanto la Constitución de la República como la LOSNCP y su Reglamento.

⁶⁵ Rafael Alejandro Manzano Ortega, “La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa”, 11-2.

⁶⁶ Antonio Pérez y Efraín Pérez, “Manual de contratos del Estado”, 26-7

La Constitución de la República se refiere a este principio en los artículos 66 numeral 25 y 314, reconociendo y garantizando el derecho, acceso y provisión de bienes y servicios públicos de calidad.

Por su parte el artículo 20 inciso 3° del Reglamento a la LOSNCP señala que en la “determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”, es así que este principio debe observarse desde un inicio en el procedimiento licitatorio como garantía para el Estado y la colectividad.

Este principio tiene como objeto garantizar no solo la calidad de los bienes, servicios u obras sino también la calidad del gasto público que debe ejecutarse de forma programada, eficaz y eficientemente dando cumplimiento a los objetivos trazados en el procedimiento licitatorio y la contratación.

2.2.5. Vigencia tecnológica

Sobre este principio tanto la LOSNCP como su reglamento tan solo hacen una referencia sin determinar en parte alguna del texto legal a que se refiere, sin haber sido desarrollado por la doctrina se entiende que el mismo establece que los bienes, servicios u obras ofertados dentro del proceso licitatorio deben cumplir con ciertas condiciones de calidad y modernidad tecnológica que se exigen actualmente a fin de que los mismos no terminen siendo caducos en el corto plazo y puedan ser incluso repotenciados.

Frente a la necesidad del establecimiento de disposiciones de contratación para la adquisición y arrendamiento, de bienes muebles –equipos informáticos, equipos de impresión, vehículos y equipos médicos- y la prestación de servicios, relacionados con el cumplimiento del principio de vigencia tecnológica se expide el Decreto Ejecutivo No. 1515, de fecha 31 de mayo del 2013.

2.2.6. Oportunidad

Este principio determina que los procedimientos en contratación pública sean oportunos en razón del tiempo, los recursos que demandan y la finalidad que persiguen, que en última instancia es la satisfacción de necesidades a través de la celebración de un contrato que provisión de bienes y servicio o ejecute obras que demanda la colectividad.

Bajo el principio de oportunidad, la licitación como procedimiento de contratación pública debe ser ejecutada en forma técnica, oportuna, eficaz y eficiente, comprometiendo la

gestión de la administración pública, encaminada a la satisfacción de las necesidades de la colectividad a través de sus diferentes entidades, el procedimiento licitatorio debe siempre considerar la relación costo-beneficio procurando eliminar pérdidas y potencializar beneficios y rendimiento de los recursos comprometidos por parte del Estado.

2.2.7. Concurrencia

Dentro del procedimiento licitatorio, la concurrencia que promueve la sana competencia es uno de sus pilares fundamentales, pues propugna el mayor número de licitadores u oferentes y propuestas, lo que significa mayores opciones de selección para la Administración Pública, siendo las condiciones en cuanto a precio, financiamiento, calidad, etc., más atractivas y beneficiosas.

Sobre este principio Antonio Pérez y Efraín Pérez, dicen:

La ocurrencia se manifiesta en el requerimiento del mayor número posible de participantes y de oferentes. La idea de la participación de la mayor cantidad de ofertas, que a decir de CASSAGNE, “persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (Principio de eficiencia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista”

Se busca que en el proceso precontractual participe el mayor número de oferentes, pues mientras más ofertas se presenten es más probable encontrar la más conveniente. Inclusive en los procedimientos de excepción se busca que exista un proceso mínimo selectivo.⁶⁷

Este principio se encuentra ligado íntimamente con la convocatoria que se haga a la licitación, pues del establecimiento de reglas y condiciones claras dependerá la incidencia del mismo.

Una excepción a este principio se encuentra cuando en el mercado internacional no existe más que un proveedor o fabricante, siendo imposible se presenten más que una oferta a fin de establecer una comparación, situación que se encuentra prevista en el artículo 95 del Reglamento a la LOSNCP que dice:

Se observará el mismo procedimiento previsto en la sección anterior para los procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

⁶⁷ *Ibíd.*, 29

2.2.8. Transparencia

Este principio demanda de la administración pública y aun de los licitadores u oferentes una actuación ética que se encuadre no tan solo con los lineamientos previstos en la ley sino con los valores que gobiernan la sociedad, más aun cuando en algunos sectores de la misma se ha enquistado la corrupción que a todos hace daño, siendo su mayor enemigo la aplicación del principio en análisis.

El artículo 227 de la Constitución de la República señala como uno de los principios que rigen la administración pública, el de la transparencia.

Sobre este principio Rafael Alejandro Manzano Ortega, dicen:

La transparencia es un concepto que se define asimismo y a su vez, es el principio en el que mejor se constata la moralidad administrativa (aspecto valorativo en cuanto a su finalidad) de la Licitación Pública, ya que todo manejo de recursos públicos independientemente de ser administrados con eficiencia, eficacia y honradez, no debe prestarse a malas interpretaciones respecto de malas aplicaciones; y por el contrario, demostrar siempre una buena aplicación libre de cualquier duda o cuestionamiento que pudiera empañar la imagen de quien los gestiona y precisamente esto último significa la transparencia.⁶⁸

Para el autor este principio ligado al de la publicidad implica el correcto proceder en el manejo de la cosa pública, demanda que los procedimientos sean públicos, no escondan nada a la colectividad a fin de evitar cualquier cuestionamiento, siendo la transparencia el mejor remedio contra la corrupción, es así que la LOSNCP en su artículo 9 numeral 3 establece como objetivo prioritario del Estado el “garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.”

2.2.9. Publicidad

Este principio, lleva implícita la posibilidad de que los interesados estén enterados de todo lo relativo acerca de la licitación que corresponda, desde el llamado a formular ofertas (mediante la convocatoria) hasta llegar a sus etapas conclusivas (dictámenes y fallo). La publicidad es un principio rector de todo procedimiento administrativo, ya que esto implica, que el mismo, sea totalmente conocido y respetado en las actuaciones administrativas, requisito esencial del debido proceso.

⁶⁸ Rafael Alejandro Manzano Ortega, “La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa”, 13

De conformidad con lo que establece este principio no cabe la existencia de procedimientos licitatorios secretos, exceptuándose dice la doctrina los de seguridad nacional y aquellas reservas instituidas en razón de tutela de la propiedad industrial o intelectual⁶⁹, entendiéndose que por en la publicidad se sustentan otros principios como el de concurrencia, de igualdad, oportunidad y transparencia.

Sobre este principio Antonio Pérez y Efraín Pérez, dicen:

La publicidad requiere que el proceso precontractual sea conocido por la mayor cantidad posible de prospectivos participantes. La etapa precontractual de la contratación pública debe caracterizarse por su libre acceso al público. Por otro lado y como consecuencia de la publicidad del proceso de contratación, surge un procedimiento transparente en todas sus etapas, tanto por los participantes como por el público en general. En aplicación de este principio, el acto de apertura de las ofertas, se notifica a todos los oferentes, quienes tienen el derecho de asistir e incluso de hacer observaciones.

También existen excepciones estrictamente determinadas a este principio cuando se autoriza a invitar de forma directa para presentar ofertas solamente a un número limitado de firmas, sin necesidad de una invitación pública.⁷⁰

Este principio se encuentra presente a lo largo del procedimiento licitatorio desde la convocatoria que en el Ecuador se la realiza a través del portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec hasta la notificación de los resultados del procedimiento licitatorio, es importante destacar que dicho portal se instituye de conformidad con lo que determina la Ley en el sistema oficial de contratación pública del Ecuador, siendo su uso obligatorio para las entidades sometidas a la LOSNCP es administrado por la SERCOP, medio idóneo de información en un mundo globalizado donde la información en la red se encuentra en constante flujo y a la disposición de cualquier persona.

El portal de compras públicas no siendo una idea innovadora del Ecuador se muestra como una herramienta de trascendental importancia para la contratación pública, coadyuvando a la consecución de los principios que rigen la LOSNCP al permitir que la información esté al alcance no solo de las partes involucradas sino aun del ciudadano común, lo cual sin duda alguna es un gran avance y hace que los procedimientos sean en verdad públicos y más transparentes.

En el portal de compras públicas el ciudadano común puede encontrar información que antes le era vedada, es así que a los pliegos de condiciones se puede acceder tan solo ingresando al portal, de igual forma se puede tener acceso a información de proveedores, al estado en que se encuentran los procedimientos, etc.

⁶⁹ Antonio Pérez y Efraín Pérez, “Manual de contratos del Estado”, 28

⁷⁰ *Ibíd.*

2.2.10. Participación nacional

El artículo 25.1 de la LOSNCP determina que “los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, [...], de origen local y nacional [...]”

Uno de los grandes objetivos que trae implícita la contratación pública y su normativa es el dinamizar la producción local, para el efecto el principio de participación nacional procura que se aproveche este mercado haciendo de la contratación pública un dinamizador de la economía entendiéndose que los objetivos de contratación son muy variados.

La protección y promoción del mercado nacional y local, se logra estableciendo mecanismos de excepción a principios tales como el de igualdad o trato justo e igualitario a los que ya se ha referido este trabajo, es así que el incentivo y fomento de la producción e industria nacional y local se logra a través por ejemplo de ciertos criterios y márgenes de preferencia que deben estar claramente regulados y difundidos para su correcta aplicación.

La LOSNCP define en su artículo 6 numeral 23 a la participación nacional como “aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional”, siendo el Registro Único de Proveedores (RUP) la base de datos de los proveedores, a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOOP) que determina los proveedores habilitados para participar en los procedimientos establecidos en la LOSNCP, el artículo 16 ibídem define al Registro Único de Proveedores (RUP) como “un sistema público de información y habilitación” que se encuentra disponible en el portal de compras públicas.

Para la aplicación de este principio es importante también lo que determina el artículo 25.2 de la LOSNCP, que dice:

Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación.

La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

Para la aplicación de las medidas de preferencia se utilizará el siguiente orden de prelación:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas Empresas; y,
4. Medianas Empresas.

Estas medidas de preferencia se otorgarán siempre que su oferta se considere como de origen ecuatoriano de acuerdo con la regulación correspondiente.

Para cerrar este capítulo se dirá que la contratación integral por precio fijo como modalidad contractual que es, se diferencia del procedimiento de licitación en razón de sus propios fines, siendo la licitación un conjunto de actos regulados a los cuales se somete el oferente con el objeto de que la administración pública seleccione según lo dispuesto por la ley al contratista más conveniente para formalizar la ejecución de la obra que se llevará a cabo a través de la modalidad de contratación integral por precio fijo, dando respuesta a la interrogante de que si ¿Es pertinente y funcional que se utilice un procedimiento precontractual como la Licitación para aplicar otro procedimiento precontractual como la Contratación Integral por Precio Fijo?, la respuesta es negativa pues a más de resultar confusa la remisión que hace la LOSNCP queda establecido que la contratación integral por precio fijo más allá de instituirse en un procedimiento precontractual es una modalidad contractual, siendo la licitación un procedimiento previo a la ejecución de la obra mientras que la contratación integral por precio fijo es una modalidad contractual cuya aplicación que no ha tenido el desarrollo esperado como se verá en el capítulo siguiente, es concurrente con la ejecución de la misma aun cuando es derivada al procedimiento de licitación.

Capítulo Tercero

Aplicación del procedimiento especial de contratación integral por precio fijo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Con lo analizado en los capítulos precedentes se dirá que la modalidad de contratación integral por precio fijo, tal cual está concebida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública resulta inoficiosa, por decir lo menos, es así que de la investigación realizada se ha encontrado que dentro de la Administración Pública existe un solo caso contratado a través de la modalidad de contratación integral por precio fijo al amparo de lo dispuesto por los artículos 53, 54, 55 y 56 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública desde agosto de 2008 que dicha ley está en vigencia.

Son varias las razones por las que la situación ante dicha se ha dado pues se trata de una modalidad contractual prevista para obras de infraestructura de gran envergadura donde el contratista asume todos los riesgos del contrato bajo las condiciones pactadas, esto al tenor de lo dispuesto por el último inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que a la final se traduce en mayores costos e incertidumbre que ni la Administración Pública ni el contratista están dispuestos a asumir bajo un esquema de precio fijo integral de la obra contratada que excluye de forma expresa “la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios”.

Por otra parte siendo el monto del presupuesto referencial, el más alto que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para obras de infraestructura, que será el resultado de “multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” la ley no determina que este procedimiento sea obligatorio rebasado dicho monto, por el contrario al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que dice en cuanto al procedimiento de licitación que el mismo procede “Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”, sin que la ley establezca un techo para el efecto, se entiende que una obra que sobre pase el monto del presupuesto referencial para que proceda la modalidad de contratación integral por precio fijo puede hacerlo por esta modalidad de contratación o simplemente no hacerlo, con lo cual estamos de acuerdo pues actuar en

contrario hubiera sido poner una traba insalvable al Sistema Nacional de Contratación Pública, dado que como se ha venido señalando la suscripción de un contrato integral a precio fijo conlleva el asumir y cumplir una serie de requerimientos, obligaciones, responsabilidades y riesgos que tanto contratantes como contratistas no están dispuestos en casi todos los casos a aceptar, pues de otra manera no se entiende como en casi 8 años de vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que da vida a la modalidad de contratación integral por precio fijo y donde se ha intensificado notablemente la obra pública a través de la suscripción de un sin número de contratos que comprenden obras de infraestructura de gran envergadura, tan solo exista uno que se haya dado a través de la modalidad de contratación integral por precio fijo.

La incoherencia se acentúa cuando, acogiéndose a lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la selección del contratista para la celebración de un contrato integral a precio fijo debe hacerse por el procedimiento de licitación, lo cual es un contra sentido pues la ley confunde una modalidad contractual con un tipo de procedimiento de selección que debe ser especial o común, pero no ambas cosas, esto se evitaría incluyendo la contratación integral a precio fijo como otra opción para que proceda el procedimiento de licitación dentro del artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública adicionando un numeral para el efecto, esto en cuanto al requisito que concierne al presupuesto referencial que de acuerdo a la ley define el tipo de procedimiento precontractual, los demás requisitos elementos y características deben ser regulados en la Ley, en el Título III “De los Procedimientos”, capítulo I “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, sección I “Sobre la contratación para la ejecución de obras, [...]”

De la investigación realizada se puede concluir que el único caso de modalidad de contratación integral por precio fijo se da en atención a la incertidumbre que conlleva su aplicación para cierto tipo de contratos de obra donde los riesgos no resultan fácil determinar cuando no están a la vista como en el caso de un proyecto hidroeléctrico o la construcción de carreteras donde difícilmente se puede cuantificar el costo de algunos materiales cuyo volumen puede variar o prever los imprevistos que se pueden dar por ejemplo en la remoción de tierra, etc., es así que el único caso donde se ha aplicado la modalidad contractual de contratación integral por precio fijo es en la construcción y puesta en operación de un hospital donde evidentemente aquellos costos e imprevistos resultad más fáciles de cuantificar entendiéndose que a ciencia cierta por ejemplo se puede determinar cuánto material y de qué tipo se ocupará, el costo de los equipos, etc., es decir para el autor esta modalidad de

contratación está ligada con el factor de certidumbre que se pueda establecer en cuanto a costos y riesgos, los mismos que dependerán como ya se mencionó anteriormente en la calidad de los estudios.

3.1. Análisis del único caso de contratación integral por precio fijo

De la investigación realizada se ha encontrado que la modalidad de contratación integral por precio fijo es aplicada tan solo en un caso en el que tiene vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador desde agosto del 2008.

El mencionado caso es el de la contratación de la construcción, equipamiento y operación del Hospital San Francisco de Quito- Primera Etapa, ubicado en la ciudad de Quito, sector Carcelén, Av. Jaime Roldós y Juan Ramón Jiménez por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS-.

Una de las características más relevantes de esta modalidad de contratación tiene que ver con que el contratista de conformidad con lo que dispone el último inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “asume todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.”, situación contemplada tanto en los pliegos como en el contrato en cuestión.

Contando la entidad contratante con los estudios completos, definitivos y actualizados de conformidad con lo que establece el artículo 53 numeral 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la convocatoria a licitación de conformidad con lo que establece el artículo 54 *ibídem* fue publicada en el portal de compras pública el día 27 de octubre de 2010, ascendiendo el monto del presupuesto referencial de la obra, sin incluir el IVA, a la suma de cuarenta y dos millones ciento cincuenta y ocho mil trescientos noventa y tres dólares con 19 centavos de dólar (USD \$42'158.393,19), con un plazo estimado de ejecución de 36 meses, sin que se contemplen modificaciones o prórrogas del plazo más allá de las determinadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo establece el penúltimo inciso del artículo 53 que dice “el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito”.

Mediante Resolución Administrativa No. CT-IESS-006-2011 de 21 de enero de 2011 se adjudica el contrato a la empresa MAKIBER S.A siendo la mejor puntuada dentro de las dos ofertas presentadas, cumpliendo con los requerimientos y especificaciones detallados en los pliegos, ofreciendo al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) las mejores condiciones sobre el acuerdo contractual, esto luego de llevarse a cabo el procedimiento de

licitación bajo las observaciones establecidas en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para el día 08 de febrero de 2011 se suscribe el contrato bajo la modalidad de contratación integral por precio fijo cumpliendo con todo lo que se establece para el efecto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

De conformidad con lo que establece la cláusula cuarta, el objeto de dicho contrato es:

Cláusula Cuarta: OBJETO DEL CONTRATO

4.1 Con los antecedentes expuestos, la empresa MAKIBER S.A., se obliga con el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, a la construcción, equipamiento y operación del “Hospital San Francisco de Quito”, que deberá ser entregado funcionando a entera satisfacción del IESS, según las características y especificaciones técnicas constantes en la oferta adjudicada y los pliegos, que se agregan y forman parte integrante de este contrato, lo que en breve detalle constituye: terminación de la edificación con sus respectivas adecuaciones, dotar del mobiliario, equipamiento biomédico incluyendo el suministro de un stock inicial de equipamiento biomédico incluyendo el suministro de un stock inicial de repuestos y fungibles para los equipos electromecánicos y biomédicos, puesta en marcha y la capacitación y entrenamiento del personal, implementación y operación de una organización para la gobernabilidad estratégica y administración del programa, implementación del modelo de gestión y el plan estratégico, planes operativos, manejo del portafolio de proyectos, indicadores de gestión, adicionales a la terminación y puesta en marcha de la obra y su equipamiento. Así como, lo necesario para la correcta prestación de los servicios a los usuarios del Hospital San Francisco de Quito, ubicado en el Distrito Metropolitano de Quito, Av. Jaime Roldós y Juan Remón Jiménez, sector Carcelén.

4.2 Las especificaciones generales y específicas del objeto contractual constan descritas ampliamente en los anexos, que forman parte integrante e inseparable de este contrato, así como las obligaciones y compromisos de la contratista.

Del objeto del contrato se establece que la obra comprende la ejecución de un proyecto de infraestructura en el cual de manera beneficiosa se consolida en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación de la obra, conforme lo requiere el artículo 53 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El valor del contrato sin incluir el IVA asciende en dólares norteamericanos a la suma de treinta y ocho millones novecientos cuarenta y seis mil veinte y seis con 59 centavos (USD\$ 38'946.026,59), con lo cual se da cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al monto del presupuesto referencial que supera el resultado de multiplicar el coeficiente 0,1%, por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del año 2011.

La Cláusula Quinta del contrato determina su valor o precio, en los siguientes términos:

Cláusula Quinta: PRECIO DEL CONTRATO.

5.1 El valor del presente Contrato Integral por Precio Fijo, que el IESS pagará a la Empresa MAKIBER S.A., es el de treinta y ocho millones novecientos cuarenta y seis mil veinte y seis con 59/100 dólares de los Estados Unidos de América (USD \$38'946.026,59), más IVA de acuerdo con la oferta presentada por la Empresa MAKIBER S.A., costo que se desglosa como se indica a continuación en el cuadro de la oferta económica consolidado: [...]

5.2 El precio cubre el valor de la depreciación, operación y mantenimiento de los equipos, (si son de propiedad del oferente) y el costo de arrendamiento en el caso de ser alquilados, el costo de los materiales, equipos y accesorios a incorporarse definitivamente en el objeto contractual, mano de obra, transporte, etc.; los costos indirectos, los impuestos y tasas vigentes, así como los servicios para la ejecución completa de la Casa de Salud, es decir, todo lo necesario para entregar el hospital listo para ser puesto en servicio.

5.3 El precio del contrato incluye los costos CIF, costos de desaduanización, el transporte hasta el sitio de entrega, instalación y montaje, costos de los materiales necesarios, costo de las pruebas, mantenimiento, stock de repuestos, costo de la capacitación; es decir todo lo necesario para la entrega de los equipos médicos informáticos, instrumental médico y mobiliario instalados y listos para su utilización.

5.4 El monto contractual incluye de igual manera, la capacitación y entrenamiento del personal, implementación y operación de una organización para la gobernabilidad estratégica y administración del programa, implementación del modelo de gestión y el plan estratégico, planes operativos, manejo de portafolio de proyectos, indicadores de gestión por dos años adicionales a la terminación y puesta en marcha del Hospital San Francisco de Quito y la transferencia de conocimiento y tecnología al IESS, una vez culminado el contrato [...]

En la cláusula octava del contrato consta el plazo de la obra donde se prevé de conformidad con lo que establece el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública una recepción provisional y una definitiva de la obra, de igual forma en la cláusula décimo primera se determina de forma expresa la prohibición de reajuste de precios conforme lo determina el inciso penúltimo del artículo 53 y el artículo 84 ibídem, entendiéndose que se trata de una contratación integral a precio fijo de conformidad con lo que establece el artículo 52 numeral 1 y 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En la cláusula décimo quinta consta la prohibición de celebración de contratos complementarios, esto conforme lo determinan el último inciso del artículo 53 y artículo 91 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.2. Otros casos de contratación por precio fijo o suma global

Si bien la ley contempla de forma expresa la modalidad de contratación integral por precio fijo la misma, en la forma como es regulada por la LOSNCP no se da debido a los inconvenientes referidos en el presente trabajo y que tienen que ver en lo principal con el factor costo y riesgo, para salvar tales inconvenientes la administración pública ha aptado por remitirse al régimen especial dispuesto en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP que se refiere al giro específico del negocio o bien se da la aplicación de convenios internacionales en los casos que las contrataciones se financien con préstamos y cooperación internacional,

esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 3 evitando las ataduras que prevé la LOSNCP y permitiendo la aplicación de otras modalidades donde se conjugan esquemas integrales con precios unitarios, suma global y precio fijo, estableciendo una especie de mixtura a la cual se llega a través del acuerdo de voluntades entre las partes, opciones a las cuales se remiten los casos que se analizarán más adelante.

En el país la contratación por precio fijo es ajena, se ha dado a través por ejemplo de contratos tipo “llave en mano” o EPC sobre todo en el sector de las hidroeléctricas, donde el precio se muestra único e invariable “salvo determinadas excepciones”.

Este tipo de contratos a precio fijo no se encuentran regulados dentro de la legislación ecuatoriana salvo la modalidad de contratación integral por precio fijo cuyo desarrollo ha sido casi nulo, adoptándose además al precio fijo un esquema mixto de pago que incluye la suma global y los precios unitarios donde el reajuste de precios resulta inminente salvo una renuncia expresa al tenor de lo dispuesto por el artículo 131 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe destacar que régimen de contratación para las hidroeléctricas en general ha sido el especial al tenor de lo dispuesto por el artículo 2 numeral 8 en relación al giro específico del negocio para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en un cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias.

3.2.1. Coca-Codo Sinclair

El 05 de octubre de 2009 se suscribe el contrato entre la compañía hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A “Cocasinclair”⁷¹ y la compañía Sinohydro Corporation, cuya cuantía asciende al valor de mil novecientos setenta y nueve millones setecientos mil dólares (USD \$1.979.700.000,00) como valor o precio del contrato.

La cláusula tercera del contrato establece el objeto del contrato y obligaciones del contratista, en lo pertinente dice:

TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- TRES PUNTO UNO.- Objeto del contrato.- Este Contrato establece los requisitos básicos para la ejecución “llave en mano” del diseño, la ingeniería, Procura, permisos, fabricación, construcción, instalación, Puesta en Operación y la compleción segura y a tiempo de los Trabajos requeridos para la ejecución del Proyecto de acuerdo con los términos de este Contrato.- En consecuencia, el Contratista deberá ejecutar, bajo su exclusiva responsabilidad y costo, todos los Trabajos conforme a lo establecido en este Contrato, lo cual incluye la

⁷¹ Que pertenece hoy en su totalidad a la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP.

revisión del diseño y la ingeniería conceptual, ejecución de estudios técnicos complementarios para definir las Obras, desarrollo de la ingeniería básica y de detalle, suministro y/o procura de Equipos y Materiales, asistencia técnica, ensamblaje, gerencia de ejecución, construcción de Obras incluyendo la adquisición del TBM, entrenamiento, Pruebas de Eficiencia, de Potencia y de Buen Funcionamiento, y Puesta en Operación de las instalaciones de la Central Hidroeléctrica, así como a cumplir cualquier otra actividad o prestación que sea requerida para la cabal ejecución del Proyecto de acuerdo a lo establecido en el Contrato [...].”

De lo transcrito anteriormente se puede establecer que el objeto del contrato de forma expresa comprende como modalidad de contratación, un tipo de contrato “llave en mano” o EPC (ingeniería, adquisición y construcción - engineering, procurement and construction), que consolida la obra en un solo contratista desde la concepción del diseño en detalle hasta la puesta en operación, contratación integral que supone el ahorro de recursos en la medida que el contratante no incurra en reajustes de precios que establece el propio contrato, al respecto Antonio Pérez y Efraín Pérez sostienen que en este tipo de contratos EPC “el contratista oferta el diseño de detalle de la ingeniería del proyecto, adquiere los componentes y edifica la planta por un precio único e invariable, con excepciones determinadas.”⁷², así pues este tipo de contrato comprende una modalidad de precio fijo que admite excepcionalmente variaciones.

La cláusula sexta del contrato establece el precio del contrato y en lo pertinente dice:

SEXTA.- PRECIO EPC.- SEIS PUNTO UNO.- Precio EPC.- El Contratista recibirá como pago por la ejecución total de los Trabajos y por el cabal y debido cumplimiento de sus obligaciones conforme a este Contrato, desde la suscripción del Acta de Inicio hasta la culminación total de los Trabajos, la cantidad de mil novecientos setenta y nueve millones setecientos mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1.979.7000.000.00), de acuerdo a lo establecido en el Anexo N de este Contrato. Este precio no incluye el reajuste de precio de acuerdo con la sección seis punto dos punto uno punto tres Órdenes de Cambio, Cambio de Ley Aplicable, impuesto al valor agregado (IVA) y otros Impuestos que debe pagar COCASINCLAIR según lo establecido en la Cláusula siete.- SEIS PUNTO DOS.- Suficiencia del Precio EPC.- A todos los efectos del presente Contrato, el Contratista reconoce que ha investigado todas y cada uno de las condiciones y circunstancias que afectan o pudieren afectar al Precio EPC establecido en esta Cláusula 6, y ha determinado la suficiencia de dicho precio de conformidad con las condiciones y circunstancias bajo las cuales debe ejecutarse el Proyecto. Por lo tanto, el Contratista renuncia expresamente a todo reclamo de incremento en el Precio EPC, bien sea con base en la teoría de la imprevisión, desequilibrio económico, error o cualquier otra teoría similar, salvo por aquellos casos motivados por una Orden de Cambio según lo establecido en la Cláusula doce y por las causas establecidas en la siguiente sección: SEIS PUNTO DOS PUNTO UNO.- El Precio EPC podrá aumentar o disminuir ajustando los Costos en razón de lo siguiente: SEIS PUNTO DOS PUNTO UNO PUNTO UNO.- Por Cambio de Ley Aplicable; SEIS PUNTO DOS PUNTO UNO PUNTO DOS.- Por Retraso Causado por COCASINCLAIR.- SEIS PUNTO UNO PUNTO TRES.- Por variación del costo en Ecuador de los siguientes insumos del Proyecto: diésel, acero, cemento y mano de obra de

⁷²Antonio Pérez y Efraín Pérez, “Manual de contratos del Estado”, 101

acuerdo a la fórmula prevista en el Anexo 0; SEIS PUNTO DOS PUNTO UNO PUNTO CUATRO.- Fuerza Mayor, solo de acuerdo a lo establecido en la sección veinte y nueve punto siete; SEIS PUNTO DOS PUNTO UNO PUNTO CINCO.- Una suspensión de los Trabajos de acuerdo con la Cláusula veinte y siete.- [...]"

De lo transcrito antes se establece que este tipo de contrato “llave en mano” o EPC siendo un modalidad de precio fijo o suma global, admite reajustes, lo cual de forma expresa vale la pena señalarlo no está permitido en la modalidad de contratación integral por precio fijo, esto resulta ser un gran inconveniente al obligar al contratista a prever cualquier tipo de contingencias aún en el escenario más grave, lo cual sin duda encarecerá los costos y elevará el valor o precio del contrato.

3.2.2. El Tigre

El 24 de enero de 2014 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Hidroequinoccio EP y la compañía China Hidroelectricidad Ingeniería Consultorio Grupo CO., (Hydrochina Corporation) cuya cuantía asciende al valor de doscientos treinta y seis millones trescientos cincuenta mil cuarenta y siete dólares (USD \$236'350.047,00) como valor o precio del contrato.

La cláusula quinta del contrato establece el objeto y alcance del contrato, en lo pertinente dice:

CLÁUSULA QUINTA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- CINCO PUNTO UNO) La Contratista se obliga para con HIDROEQUINOCCIO EP a ejecutar a entera satisfacción de la Contratante los trabajos de elaboración de diseños de construcción; ingeniería de detalle; construcción de obras civiles, línea de transmisión y subestación; fabricación, transporte suministro, montaje y pruebas del equipamiento; y, puesta en servicio de la central Hidroeléctrica “El Tigre”, en los términos señalados en su Oferta, [...]

De la cláusula transcrita se establece un esquema de contratación integral que consolida en un solo contratista todos los componentes de la obra desde la elaboración de diseños hasta la puesta en marcha, configurándose así un tipo de contrato “llave en mano” aun cuando sólo esta característica no lo define como tal.

En la cláusula sexta se establece el precio del contrato y en lo pertinente dice:

CLÁUSULA SEXTA: PRECIO DEL CONTRATO.- [...] SEIS PUNTO TRES) El monto del Obras Civiles, corresponde a la metodología de suma global, no sujeta a reajuste. Únicamente en el evento de ocurrir las circunstancias previstas en la Cláusula Décimo Cuarta de este instrumento, se aplicara la figura de compensación ahí descrita, para efectos de mantener el equilibrio económico del Contrato.- SEIS PUNTO CUATRO) Respecto del Equipamiento y “Costos Indirectos” considerados en el precio de la Oferta, las Partes Declaran que su valor ha sido establecido bajo la modalidad de suma global y fija, y no estará sujeto a

reajuste, compensación ni revisión de precio por ningún motivo.- SEIS PUNTO CINCO) El Precio de este Contrato, indicado en el numeral seis punto uno) de esta Cláusula, no incluye los siguientes valores: a) El valor de nuevos rubros generados por concepto de: i) variaciones en los Diseños de Construcción del Proyecto que impliquen modificaciones sustanciales de las estructuras que lo integran y/o creación de nuevas estructuras, respecto de lo previsto en los Estudios de Factibilidad Avanzada, ocasionadas por información imprecisa o errónea contenida en estos últimos; y, ii) incorporación al Proyecto de nuevos elementos no contemplados en la Oferta y dispuestos por La Contratante [...] SEIS PUNTO SEIS.- El Precio que recibirá La Contratista por cumplir con el objeto del Contrato indicado en esta Cláusula, constituye la única retribución a La Contratista por todos los costos, inclusive cualquier impuesto derecho o tasa en que debiere incurrir para la ejecución de este contrato [...]

De la cláusula que antecede se establece una diferenciación entre suma global y precio fijo es así que el monto de las obras civiles se contrata bajo el esquema de “suma global” y el equipamiento y costos indirectos se contrata bajo el esquema de “suma global y precio fijo”, la diferenciación cabe cuando se establece una fórmula de compensación excepcional en el monto de las obras civiles mientras que para el equipamiento y costos indirectos se determina de forma tajante que el precio no es sujeto de compensación ni revisión por ningún motivo. En este caso todos los componentes del proyecto se contratan a precio fijo sin que se admita de alguna forma reajuste de precios, sin embargo a renglón seguido en el punto SEIS PUNTO CINCO se establecen valores que se dice no están incluidos en el precio y que obviamente pueden generar una variación del mismo frente a tales eventualidades que incluyen los errores en los estudios de factibilidad entregados por la contratante.

3.2.3. Manduriacu

El 22 de Diciembre de 2011 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP y la Compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A, cuya cuantía asciende al valor de Ciento Veinte y Cuatro millones ochocientos ochenta y un mil doscientos cincuenta dólares con dieciocho centavos (USD \$124'881.250,18) como valor o precio del contrato.

La cláusula cuarta del contrato establece el objeto del contrato, en lo pertinente dice:

Cláusula Cuarta.- OBJETO DEL CONTRATO

4.01 EL CONTRATISTA se obliga para con CELEC EP a la “Construcción de obras civiles; Suministro, transporte y montaje de la tubería de presión; Diseño, fabricación, suministro, transporte, montaje, pruebas y puesta en marcha de los equipos eléctricos, mecánicos y de control de la casa de máquinas y la subestación del proyecto Manduriacu de 60 MW”.

De la cláusula transcrita se establece un esquema de contratación integral que consolida en un solo contratista todos los componentes de la obra, configurándose así un tipo de contrato “llave en mano” aun cuando sólo esta característica no lo define como tal.

En la cláusula tercera se determina la interpretación y definición de términos del contrato y en lo pertinente dice:

Cláusula Tercera.- INTERPRETACIÓN Y DEFINICIÓN DE TÉRMINOS [...]

3.02 Definiciones, Normas Técnicas, Abreviaturas: En el presente contrato, los siguientes términos serán interpretados de la manera que se indica a continuación:

3.02.1 Definiciones [...]

“Precios Unitarios”: Es la modalidad de pago de la ejecución de las obras civiles.

“Suma Global”: Es la modalidad de pago de los equipos y los trabajos necesarios para la instalación y puesta en marcha de los equipos hidromecánicos, mecánicos, electrónicos y eléctricos.

De lo antes transcrito se establece que el contrato prevé la aplicación de dos modalidades de pago: una para la ejecución de las obras civiles, por precios unitarios; y, otra para el pago de los equipos hidromecánicos, mecánicos, electrónicos y eléctricos, lo cual implica necesariamente que habrá un reajuste de precios, sin embargo en la Cláusula Quinta se establece que el valor o precio del contrato constituye “la única compensación al CONTRATISTA”, en los términos siguientes:

Cláusula Quinta.- PRECIO DEL CONTRATO [...]

5.02 Los precios acordados en el contrato por los trabajos especificados, constituirán la única compensación al CONTRATISTA por todos sus costos, inclusive cualquier Impuesto, derecho o tasa que tuviese que pagar e inclusive los costos que represente la concesión y/o gestión del Crédito Puente.

Lo antes señalado queda esclarecido a través de las cláusulas décimo primera y décimo quinta del contrato que prevé un reajuste de precios, así como de contratos complementarios, diferencia en cantidades de obra u órdenes de trabajo:

Cláusula Décima Primera.- DEL REAJUSTE DE PRECIOS

11.01 En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en el Contrato, los precios se reajustarán, para efectos de pago de anticipo y de las planilla de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de las siguientes fórmulas matemáticas: [...]

Cláusula Décima Quinta.- CONTRATOS COMPLEMENTARIOS, DIFERENCIA EN CANTIDADES DE OBRA U ÓRDENES DE TRABAJO

15.01 En el caso que fuere necesario ampliar, modificar o complementar el objeto de este contrato, determinado por causas previstas o técnicas debidamente motivadas que hayan sido presentadas por CELEC EP, la Fiscalización o el CONTRATISTA durante la ejecución del contrato, CELEC EP podrá celebrar con el CONTRATISTA, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requieran 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.

De lo transcrito anteriormente queda claro que este contrato no es integral por precio fijo admitiendo un esquema mixto de pago por precios unitarios y suma global.

3.2.4. Mazar-Dudas

El 27 de octubre de 2011 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP y la Compañía China National Eléctrica Enginnering Co.Ltd, cuya cuantía asciende a las cuarenta y siete millones quinientos mil dólares (USD \$47'000.000,00) como valor o precio del contrato.

En la cláusula segunda se establecen algunas definiciones para los efectos del contrato, en lo pertinente dice:

SEGUNDA: DEFINICIONES.- Para los efectos del presente Contrato, se tomarán en cuenta las definiciones que se indican a continuación: [...] “PRECIO DEL CONTRATO”: Es el valor nominal de adjudicación del contrato [...] “PRECIO FINAL DEL CONTRATO”: Es el valor total pagado hasta la conclusión del Contrato para la construcción y equipamiento del Proyecto Hidroeléctrico Mazar.

De la simple lectura de la cláusula anterior se establece que se prevé la eventualidad de que el precio del contrato no sea igual al precio final del contrato, es decir, exista una variación del mismo.

En la cláusula tercera del contrato se establecen los antecedentes, en lo pertinente es importante anotar:

TERCERA: ANTECEDENTES.- [...]

3.03 El Instituto Nacional de Contratación Pública mediante Oficio No.INCOP-DE-OF-0532-2011 de 23 de junio de 2011, determinó las contrataciones sujetas al Régimen Especial de Giro Específico del Negocio de CELEC EP, entre las cuales se encuentra incluido el Proyecto Hidroeléctrico Mazar – Dudas. [...]

3.05 El Gerente General de CELEC EP, mediante Resolución No. CELEC EP-GG-239-11, autorizó el inicio del procedimiento de contratación bajo el Régimen Especial de Giro Específico del Negocio, [...]

Es así que el contrato no se rige por el régimen común de contrataciones establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dado que la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP se acogió al régimen especial de contratación derivado del giro específico del negocio de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en

concordancia con lo dispuesto por los artículos 68, 103 y 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En la cláusula séptima del contrato se establecen las declaraciones y obligaciones generales, en el punto 7.01 se establecen las declaraciones generales de la contratista que en lo pertinente dicen:

SÉPTIMA: DECLARACIONES Y OBLIGACIONES GENERALES.-

7.01 Declaraciones Generales de LA CONTRATISTA.-

a) LA CONTRATISTA declara que ha presentado una Oferta completa basada en Precios Unitario respecto de las obras civiles y líneas de transmisión; y Suma Global respecto del equipamiento eléctrico, mecánico y electrónico de las centrales y subestaciones [...]

De la cláusula anterior se establece que el esquema de contratación es mixto por suma global y por precios unitarios, sujetos a reajuste.

En la cláusula octava del contrato se establece el objeto y alcance del contrato, en lo pertinente dice:

OCTAVA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- El presente Contrato tiene por objeto la CONSTRUCCION DE LAS OBRAS CIVILES, LÍNEA DE TRANSMISIÓN, INGENIERÍA DE DETALLE DE FABRICACIÓN, SUMINISTRO, MONTAJE, PRUEBAS DEL EQUIPAMIENTO ELÉCTRICO, MECÁNICO, ELECTRÓNICO, SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO MAZAR-DUDAS, actividades que LA CONTRATISTA se obliga a ejecutar, terminar en todos sus detalles y entregar en correcto estado de funcionamiento, bajo su exclusiva responsabilidad, a plena satisfacción de LA CONTRATANTE y de conformidad con lo establecido en el Contrato y los documentos que lo integran. [...]

De la cláusula transcrita se establece un esquema de contratación integral que consolida en un solo contratista todos los componentes de la obra.

En la cláusula novena del contrato se establece el precio del contrato, en lo pertinente dice:

NOVENA: PRECIO DEL CONTRATO.- [...] En forma expresa se aclara que el precio del Contrato comprende tanto la SUMA GLOBAL a reconocerse por la Ingeniería de Detalle de Fabricación, Suministro, Montaje y Pruebas del Equipamiento Eléctrico, Mecánico, Electrónico y Puesta en Operación del Proyecto Hidroeléctrico Mazar – DUDAS; y, por PRECIOS UNITARIOS, a reconocerse por la Construcción, Suministro y Montaje de las Obras Civiles y Línea de Transmisión del Proyecto Hidroeléctrico Mazar – Dudas; Suma Global y Precios Unitarios que son definitivos.

El precio del Contrato sólo podrá variar si lo hicieren las cantidades de obra de los rubros considerados para la construcción, suministro y montaje de las Obras Civiles y Línea de Transmisión del Proyecto Hidroeléctrico Mazar – Dudas, pues el Equipamiento, será pagado por la Suma Global estipulada, la que tiene el carácter de única, fija e invariable y de acuerdo al cumplimiento de los eventos de obra establecidos en los pliegos precontractuales. Sólo sobre el valor de las obras civiles y línea de transmisión cabrá reajuste de precios en los términos establecidos en el presente Contrato.

La no ejecución de cualquier rubro ofertado por LA CONTRATISTA por efecto del ajuste en los diseños, no le dará derecho a reclamo o reajuste alguno. Si en casos de excepción, así calificados por LA CONTRATANTE, fuere imprescindible la creación de nuevos rubros, se observará lo dispuesto en los Arts. 85 a 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El precio del contrato presenta un esquema mixto de pago que comprende la modalidad de precios unitarios como de suma global, si bien se habla, si bien se habla de precios unitarios y suma global definitivos, el precio del contrato está sujeta a reajustes y variación de precio, lo cual es ratificado por las cláusulas décima tercera y décima novena que dice:

DÉCIMA TERCERA: REAJUSTE DE PRECIOS.-

13.01 Procedencia: En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los Precios Unitarios de las obras civiles y línea de transmisión estipulados en el Contrato, los costos se reajustarán, en más o en menos, para efectos del pago del anticipo y de las planillas de ejecución de las obras, [...]

13.02 Todo el procedimiento referente al reajuste de los Precios Unitarios de las obras civiles del Proyecto Hidroeléctrico Mazar – Dudas, se sujetará a lo dispuesto en los Arts. 82 y 83 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, a lo establecido en los Arts.127 a 139 del Reglamento General a dicha Ley. [...]

DÉCIMA NOVENA: CONTRATOS COMPLEMENTARIOS Y OBRAS ADICIONALES.- La partes, de común acuerdo, establecen el siguiente procedimiento y condiciones de justificación para la procedencia de contratos complementarios y Órdenes de Cambio, e incluso de contratos complementarios:[...]

Reajuste de precios y contratos complementarios que de forma expresa están prohibidos en la modalidad de contratación integral por precio fijo.

3.2.5. Minas-San Francisco

El 30 de diciembre de 2011 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP y la Compañía Harbin Electric International Co.Ltd., cuya cuantía asciende a trescientos veinte y siete millones cuatrocientos ochenta mil novecientos sesenta y siete dólares (USD \$327'480.967,00) como valor o precio del contrato.

En la cláusula segunda del contrato se establecen los antecedentes, en lo pertinente es importante anotar:

SEGUNDA: ANTECEDENTES.- [...]

Dos punto dos punto (2.2.) El Instituto Nacional de Contratación Pública mediante Oficial número INCOP guión DE guión OF guión cero cinco tres dos guión dos mi once (No. INCOP-DE-OF-0532-2011) de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011), determinó las contrataciones sujetas al Régimen Especial de Giro Específico del Negocio de CELEC EP, entre las cuales se encuentra incluido el Proyecto Hidroeléctrico Minas – San Francisco.

Es así que el contrato no se rige por el régimen común de contrataciones establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dado que para este contrato la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP se acogió al régimen especial de contratación derivado del giro específico del negocio de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 68, 103 y 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En la cláusula quinta del contrato se establece el objeto y alcance del contrato, en lo pertinente dice:

QUINTA: OBJETO Y ALCANCE DE ESTE CONTRATO: Este Contrato tiene por objeto la construcción de Obras Civiles y sistema de transmisión, el diseño de ingeniería de detalle de fabricación, suministro, montaje, Comisionamiento, y pruebas de Equipamiento, y sistema de transmisión, y la puesta en operación comercial del Proyecto; actividades que La Contratista se obliga a ejecutar, terminar en todos sus detalles y entregar en correcto estado de funcionamiento, bajo su exclusiva responsabilidad, a plena satisfacción de La Contratante y de conformidad con lo establecido en este Contrato y los documentos que lo integran. [...]

De la cláusula transcrita se establece un esquema de contratación integral que consolida en un solo contratista todos los componentes de la obra.

En la cláusula séptima del contrato se establece el precio del contrato, en lo pertinente, dice:

SÉPTIMA: PRECIO DEL CONTRATO, FORMA DE PAGO Y REAJUSTE DE PRECIOS: [...] Siete punto dos punto (7.2.) Suficiencia del Precio del Contrato: Para todos los efectos de este Contrato, La Contratista reconoce que ha investigado todas y cada una de las condiciones y circunstancias que afecten o pueden afectar el Precio del Contrato establecido en este Cláusula, y que ha determinado la suficiencia de dicho precio de acuerdo con las condiciones y circunstancias en que se debe ejecutar el Proyecto. Por lo tanto, La Contratista renuncia expresamente a toda pretensión de incremento del Precio del Contrato, que se base en la teoría de la imprevisión, el desequilibrio económico, error o cualquier otra teoría similar, con excepción de aquellos casos señalados en este Contrato y en las Leyes Aplicables. Siete punto tres punto (7.3.) Forma de Pago: El precio de este Contrato será pagado de la siguiente manera: [...] Siete punto tres punto uno punto uno punto (7.3.1.1.) Las Obras Civiles y la Línea de Transmisión se pagarán bajo la modalidad de precios unitarios. [...] Siete punto tres punto uno punto dos punto (7.3.1.2.) La diferencia de valor de las Obras Civiles, se pagará contra la presentación de planillas mensuales, de conformidad con este Contrato. El valor de este Contrato es referencial, y por lo tanto puede variar durante la ejecución del Proyecto en función de las cantidades de obra realmente ejecutadas, [...] Siete punto tres punto uno punto tres punto (7.3.1.3.) Los valores correspondientes a montaje, pruebas en sitio, Comisionamiento y Operación Experimental, se pagarán bajo la modalidad de suma global [...] Siete punto diez punto (7.10.) Reajuste de Precios: Siete punto diez punto uno punto (7.10.1.) En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios de las Obras Civiles y Línea de Transmisión estipulados en este Contrato, los precios se reajustarán, en más o en menos, [...]

El contrato presenta un esquema mixto de pago que comprende la modalidad de precios unitarios como de suma global, precios unitarios que pueden ser objeto de reajuste.

En la cláusula trigésimo primera del contrato se establece el procedimiento y condiciones de justificación para la procedencia de contratos complementarios y órdenes de cambio, e incluso de contratos modificatorios.

TRIGÉSIMO PRIMERA: CONTRATOS COMPLEMENTARIOS Y OBRAS ADICIONALES. Las Partes de común acuerdo, establecen el siguiente procedimiento y condiciones de justificación para la procedencia de contratos complementarios y Órdenes de Cambio, e incluso de contratos modificatorios, respetando lo dispuesto en los artículos ochenta y cinco (85) al noventa y uno (91) de la LOSNCP y en los artículos ciento cuarenta y cuatro (144) y ciento cuarenta y cinco (145) del Reglamento General a dicha ley. [...]

En la modalidad de contratación integral a precio fijo se prohíbe de forma expresa la celebración de contratos complementarios, así como la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro tipo de variación de precios.

3.2.6. Quijos

El 05 de diciembre de 2011 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP y la Compañía China National Electric Engineering Co.Ltd, cuya cuantía asciende a la suma de sesenta y cuatro millones ciento veinte y seis mil cuatrocientos cuarenta y uno dólares con cincuenta y ocho centavos de dólar (USD \$64'126.441,58) como valor o precio del contrato.

En la cláusula tercera del contrato se establecen los antecedentes, en lo pertinente es importante anotar:

CLÁUSULA TERCERA: ANTECEDENTES.- [...] Tres. Cero Tres) El Instituto Nacional de Contratación Pública mediante Oficio Número INCOP-DE-OF-CERO CINTO TRES DOS-DOS MIL ONCE de veintitrés de junio del dos mil once, determinó las contrataciones sujetas al Régimen Especial de Giro Específico del Negocio de CELEC EP, entre las cuales se encuentra incluido el Proyecto Hidroeléctrico Quijos.

Es así que el contrato no se rige por el régimen común de contrataciones establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dado que para este contrato la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP se acogió al régimen especial de contratación derivado del giro específico del negocio de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 68, 103 y 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La cláusula séptima del contrato se refiere a las declaraciones y obligaciones generales, en lo pertinente es importante señalar:

CLÁUSULA SÉPTIMA: DECLARACIONES Y OBLIGACIONES GENERALES.- Siete. Cero Uno) Declaraciones Generales de LA CONTRATISTA.- Siete. Cero Uno. Uno) LA CONTRATISTA declara que ha presentado una oferta completa, basada en Precios Unitarios para las Obras Civiles y Edificaciones, y Suma Global para el Equipamiento, que cubre todas sus obligaciones en virtud del contrato y todas las condiciones necesarias para la ejecución cabal y completa del mismo, cumpliendo exactamente lo señalado en los Pliegos y en su Oferta.

De lo anterior se establece que el contrato se da bajo un esquema mixto de pago que no comparte las características de la modalidad de contratación integral a precio fijo.

En la cláusula octava del contrato se establece el objeto y alcance del contrato, en lo pertinente dice:

CLÁUSULA OCTAVA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- OBJETO DEL CONTRATO: El presente Contrato tiene por objeto la Construcción de obras civiles, Ingeniería de Detalle, Fabricación, Suministro, Montaje, Comisionamiento del Equipamiento y Puesta en Servicio del Proyecto Hidroeléctrico Quijos, actividades que LA CONTRATISTA se obliga a ejecutar, terminar en todos sus detalles y entregar en perfecto estado de funcionamiento, bajo su exclusiva responsabilidad, a plena satisfacción de LA CONTRATANTE y de conformidad con lo establecido en el Contrato y los documentos que lo integran.

De la cláusula transcrita se establece un esquema de contratación integral que consolida en un solo contratista todos los componentes de la obra.

En la cláusula novena del contrato se establece el precio del contrato, en lo pertinente, dice:

CLÁUSULA NOVENA: PRECIO DEL CONTRATO.- [...] Nueve. Cero, Uno. Uno. Uno) [...], a precios unitarios, por la construcción de las Obras Civiles y Edificaciones; Nueve. Cero Uno. Uno. Dos) [...], a Suma Global, por la instalación, pruebas y comisionamiento del Equipamiento; y, Nueve. Cero Uno. Dos) [...], a Suma Global, por los bienes importados que se integran en forma definitiva al Proyecto, de conformidad con la Oferta.

El contrato presenta un esquema mixto de pago que comprende la modalidad de suma global y precios unitarios que de conformidad con lo que establece la cláusula décima tercera del contrato son sujeto de ajuste de precios.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: AJUSTE DE PRECIOS: Trece. Cero Uno) Procedencia: En el caso de producirse variaciones en los costos de los principales insumos de las obras civiles, y servicios de origen nacional, parte del objeto del presente contrato, los precios determinados en el numeral nueve punto cero uno. uno) de este contrato se ajustarán, en más o en menos, para efectos del pago de las planillas de ejecución de las obras, a partir de

la fecha de la variación del precio de los insumos, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas polinómicas que se determinan en los siguiente numerales. [...]"

Por último la cláusula décima novena del contrato se refiere a los contratos complementarios y obras adicionales, en los siguientes términos "CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: CONTRATOS COMPLEMENTARIOS Y OBRAS ADICIONALES: Las Partes, de común acuerdo, establecen el siguiente procedimiento condiciones de justificación para la procedencia de contratos complementarios y Órdenes de Cambio, en incluso de contratos modificadorios: [...]", contratos complementarios que se encuentran expresamente prohibidos dentro de la modalidad de contratación integral a precio fijo.

3.2.7. Paute-Sopladora

El 20 de octubre de 2010 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC P⁷³ y el Consorcio CGGC FODECA⁷⁴, cuya cuantía asciende al valor de seiscientos setenta y dos millones ciento noventa y dos mil ciento ochenta y ocho dólares con 48 centavos de dólar (USD \$672'192.188,48) como valor o precio del contrato, sin incluir IVA, ni aranceles.

La cláusula octava del contrato establece el objeto del contrato, en lo pertinente dice:

OCTAVA: OBJETO DEL CONTRATO.- El presente contrato tiene por objeto la construcción de las obras civiles, así como la ingeniería de detalle de fabricación, suministro, montaje y comisionamiento del equipamiento electromecánico y la puesta en operación comercial del Proyecto Hidroeléctrico Paute-Sopladora; actividades que LA CONTRATISTA se obliga a ejecutar bajo su exclusiva responsabilidad, a plena satisfacción de CELEC EP y de conformidad con lo establecido en el Contrato y los documentos que lo integran. [...]

De lo transcrito anteriormente se puede establecer que el objeto del contrato comprende construcción, ingeniería en detalle y puesta en marcha del proyecto, esquema de contratación integral similar a la modalidad de contratación integral por precio fijo de conformidad con lo que establece el artículo 53 numeral e de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo esta modalidad prescrita por la Ley se aparta del esquema clásico al condicionar la procedencia de la misma al requerimiento de que la entidad cuente con "estudios completos, definitivos y actualizados", conforme lo determina el

⁷³ Hoy Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP conforme lo establece el Decreto Ejecutivo No.220, expedido el 14 de enero del 2010.

⁷⁴ Integrado por la compañía extranjera de nacionalidad China, denominada "China Gezhouba Group Company Limited" y la compañía ecuatoriana denominada "FOPECA S.A"

artículo 53 numeral 4 de la Ley, razón por la cual el numeral 1 no habla de ingeniería y diseño sino tan solo de “servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación.” lo cual no resulta del todo cierto pues la ley no descarta y como acertadamente lo sostienen Antonio Pérez y Efraín Pérez “supone, que el diseño del detalle y su adaptación corra por cuenta”⁷⁵ del contratista, dado lo grave e inconveniente que resultaría para éste asumir unos diseños completos y al detalle con errores, riesgo que obligatoriamente se trasladarían al valor o precio de la obra frente a un posible encarecimiento de los costos.

La cláusula novena del contrato establece el precio del contrato y en lo pertinente dice:

NOVENA: PRECIO DEL CONTRATO.- NUEVE PUNTO CERO UNO.- [...] En forma expresa se aclara que el precio del contrato del Formato uno –OE de la oferta económica de LA CONTRATISTA, incorporadas las correcciones aritméticas que hubiesen sido realizadas de conformidad con los Pliegos, y comprende tanto la SUMA GLOBAL a reconocerse por el equipamiento electromecánico, cuanto el monto, por PRECIOS UNITARIOS, a reconocerse por la construcción de las obras civiles de la Central Hidroeléctrica Paute-Sopladora; suma global y precios unitarios ofertados que son definitivos. El precio del contrato sólo podrá variar si lo hicieren las cantidades de obra de los rubros considerados para la construcción de las obras civiles de la Central Hidroeléctrica Paute-Sopladora, pues el equipamiento electromecánico será pagado por la suma global estipulada, la que tiene el carácter de única, fija e invariables y de acuerdo al cumplimiento de los eventos de obra establecidos en los pliegos de la licitación y en el ajuste técnico. Sólo sobre el valor de las obras civiles cabrá reajuste de precios en los términos establecidos en el presente contrato. La no ejecución de cualquier rubro ofertado por LA CONTRATISTA por efecto del ajuste en los diseños, no le dará derecho a reclamo o reajuste alguno. Si en casos de excepción, así calificados por CELEC EP, fuere imprescindible la creación de nuevos rubros, se observará lo dispuesto en los Artículos ochenta y cinco a noventa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. [...]

De la simple lectura de la cláusula que antecede se puede establecer que el contrato determina un esquema mixto que conjuga la modalidad del precio fijo o suma global con los precios unitarios, esquema que resulta inconcebible dentro de la contratación integral por precio fijo que excluye la contratación por precios unitarios, conforme lo determina el artículo 53 numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señalando además el artículo 55 de la Ley que “todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.”

Las cláusulas, duodécima y décima octava del contrato establecen el reajuste de precios y la celebración de contratos complementarios respectivamente, en los siguientes términos:

DUODÉCIMA: REAJUSTE DE PRECIOS.- Doce punto cero uno.- Procedencia: En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios de las

⁷⁵Antonio Pérez y Efraín Pérez, “Manual de contratos del Estado”, 105.

obras civiles estipulados en el contrato, los costos se reajustarán, en más o en menos, para efectos del pago del anticipo y de las planillas de ejecución de las obras, desde la fecha de la variación, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas polinómicas elaboradas en base de las condiciones vigentes treinta días antes de la fecha de cierre para la presentación de ofertas.- El precio de equipamiento electromecánico, bajo la modalidad de suma global, no es reajutable.[...]

DÉCIMA OCTAVA: CONTRATOS COMPLEMENTARIOS Y OBRAS ADICIONALES.- Diez y ocho punto cero uno.- En lo relativo a contratos complementarios, obras adicionales y órdenes de trabajo, se observará lo dispuesto en los Art.85 a 91 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a los Arts. 144 y 145 del Reglamento General a dicha Ley.- Diez y ocho punto cero dos.- Las partes contratantes, de común acuerdo, establecen el siguiente procedimiento y condiciones de justificación para la procedencia de contratos complementarios y órdenes de trabajo, e incluso de contratos modificatorios; [...]

Como se puede determinar de lo antes transcrito, el contrato prevé reajuste de precios y la celebración de contratos complementarios expresamente prohibidos en el citado artículo 53 en concordancia con lo dispuesto por los artículos 84 y 91 ibídem, para la contratación integral por precio fijo.

3.2.8. Toachi-Pilatón contrato de construcción de las obras civiles

El 24 de diciembre de 2010 se suscribe el contrato entre la Empresa Hidrotoapi EP y China International Walter & Electric Corp, cuya cuantía asciende a la suma de doscientos cuarenta millones cuatrocientos ochenta y seis mil trescientos cincuenta y ocho dólares con veinte y un centavos de dólar (USD \$240´486.358,21) como valor o precio del contrato.

En la cláusula cuarta se establece el objeto del contrato que en lo pertinente dice “**CLÁUSULA CUARTA.- OBJETO DEL CONTRATO: CUATRO PUNTO UNO.** EL CONTRATISTA se obliga para con la CONTRATANTE a ejecutar, terminar en todos sus detalles y entregar a entera satisfacción de la CONTRATANTE las siguientes obras civiles principales de los aprovechamientos hidroeléctricos del Proyecto Toachi-Pilatón [...]”, de lo cual se establece que este contrato se aparte de los esquemas de contratación analizados en los casos anteriores pues ni siquiera comprende un esquema de contratación integral pues su objeto tiene que ver única y exclusivamente con las obras civiles del proyecto.

En la cláusula quinta del contrato se establece el precio del contrato que en lo pertinente dice “**CLÁUSULA QUINTA.- PRECIO DEL CONTRATO: [...]** CINCO PUNTO DOS. [...] Los precios acordados en el contrato por los trabajos especificados constituirán la única compensación al CONTRATISTA por todos sus costos, inclusive cualquier impuesto, derecho o tasa que tuviese que pagar. [...]”, única compensación que admite reajustes al tenor de lo dispuesto por la cláusula décima primera que dice “**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- DEL REAJUSTE DE PRECIOS: ONCE PUNTO UNO.** En el caso de producirse variaciones

en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados, los costos se reajustarán para efectos del pago de la planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de la fórmula establecida en el presente contrato [...]”, esquema de precios unitarios que concibe el reajuste de precios y la existencia de contratos complementarios conforme lo determina la cláusula décima quinta del contrato, que dice:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- CONTRATOS COMPLEMENTARIOS, CREACIÓN DE NUEVOS RUBROS, DIFERENCIA DE CANTIDADES DE OBRA U ÓRDENES DE TRABAJO: QUINCE PUNTO UNO. Por causa justificadas, las partes podrán firmar contratos complementarios o convenir en la ejecución de trabajo bajo las modalidades de diferencias en cantidades de obra u órdenes de trabajo, de conformidad con lo establecido en los artículos ochenta y cinco (85), ochenta y seis (86), ochenta y siete (87), ochenta y ocho (88), ochenta y nueve (89) y noventa (90) de la LOSNCP y en los artículos ciento cuarenta y cuatro (144) y ciento cuarenta y cinco (145) de su reglamento general.”

3.2.9. Puente San Pedro y Chiche

El día 30 de noviembre de 2012 se suscribe el contrato entre la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP), y la Compañía Puentes y Calzadas Grupo de Empresas S.A, el valor o precio del contrato es de sesenta y nueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos diecinueve dólares con noventa y cuatro centavos de dólar (USD \$69´444.819,00).

La cláusula cuarta del contrato establece el objeto del contrato, en lo pertinente dice.

Cláusula Cuarta.- OBJETO DEL CONTRATO

4.01.- La Contratista se obliga para con la EPMMOP a construir, ejecutar, terminar y entregar operativo el proyecto que corresponde a la “RUTA VIVA” FASE II – CONSTRUCCIÓN DE PUENTES SOBRE LOS RÍOS SAN PEDRO Y CHICHE INCLUYENDO TRAMOS DE APROXIMACIÓN E INTERCAMBIADOR EN LA INTERSECCIÓN CON LA VÍA INTEROCEÁNICA, SECTOR PUEMBO, ABCISAS: 5+500 A 5+850 Y 11+900 A 12+912,09

El objeto del contrato en el presente caso es diferente a lo que comprende un proyecto hidroeléctrico por lo que se puede decir que se trata de un esquema integral de contratación donde se consolida en un solo contratista todos los componentes del proyecto que en este caso son las construcción de una obra civil, los puentes sobre los ríos San Pedro y Chiche que incluyen los tramos de aproximación e intercambiador como lo estipula la cláusula del contrato.

En la cláusula quinta se establece el precio del contrato y en lo pertinente dice:

Cláusula Quinta.- PRECIO DEL CONTRATO:

5.01.- El valor del presente contrato, que EPMMOP pagará al Contratista por la ejecución total de los trabajos y del debido y cabal cumplimiento de sus obligaciones conforme a este Contrato es de [...], como Precio Fijo de conformidad con la oferta presentada por el Contratista. El precio no incluye reajuste de precios. [...]

5.02.- A los efectos de este instrumento el Contratista reconoce que ha investigado todas y cada una de las condiciones que afectan o pudieran afectar el Precio Fijo establecido en esta cláusula [...] Por lo tanto el Contratista renuncia expresamente a todo reclamo de incremento en el Precio Fijo bien sea con base en razones de imprevisión, desequilibrio económico, error o cualquier otra teoría similar, salvo por aquellos casos motivados por una Orden de Cambio o por expresas disposiciones establecidas en este Contrato.

5.03.- El precio negociado de la alternativa será a Precio Fijo por lo que no se sujetará al sistema de precios unitarios; en consecuencia, no dará derecho a reajuste de precios.

De la cláusula anterior del contrato se establece que la modalidad de pago del contrato en su totalidad es a precio fijo, mismo que no admitirá reajuste de precios, es así que en la cláusula undécima del contrato el contratista renuncia de forma expresa al reajuste de precios en los términos siguientes:

Cláusula Undécima.- DEL REAJUSTE DE PRECIO:

[...] De conformidad con lo determinado por el artículo 131 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el derecho a percibir reajuste de precios es de aquellos que se pueden renunciar. En consecuencia, el Contratista declara expresamente que conoce y acepta que las eventuales variaciones de precio que pudieran producirse durante la ejecución del contrato no darán lugar a reajuste, por lo tanto renuncia de manera expresa al reajuste de precios, así como a posteriores reclamos en fase administrativa o judicial por este concepto.

De todos los contratos analizados anteriormente encontramos que éste es el único realmente a precio fijo, donde no cabe excepción o fórmula alguna de reajuste de precios, sin embargo, se establece de la cláusula anterior que no existe prohibición expresa de reajuste de precios como en la modalidad de contratación integral a precio fijo sino que en el contrato se da una renuncia expresa al reajuste de precios al tenor de lo dispuesto por el artículo 131 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo un contrato que se sujeta al convenio suscrito con la CAF, y en lo no previsto, a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, y más disposiciones vigentes en el Ecuador al tenor de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Bajo el esquema que regula la LOSNCP y su Reglamento, la contratación integral por precio fijo se muestra como un verdadero fracaso siendo que la administración pública a través de sus autoridades rehúyen este modelo de contratación pues lo miran con recelo y en algunos casos inoperante, criterio que es respaldado por la exigua o nula aplicación que ha tenido pese al evidente incremento de contratación de obra pública que se ha dado en el país en los últimos años, es así que dando respuesta a la interrogante de ¿Qué tipo de potenciales

consecuencia jurídicas pueden suscitarse a futuro por dicha medida establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública? la respuesta es de simplemente constituirse en letra muerta, requiriendo para que esto no ocurra una reforma a la norma que permita flexibilizar la modalidad contractual para hacerla más efectiva dándole sentido al principio de equilibrio económico que busca establecer entre otras cosas una relación adecuada entre el costo y el beneficio frente al riesgo que en este tipo de contratos se traslada al contratista.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

Con el advenimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el esquema de contratación pública en el Ecuador da un gran paso cuantitativo y cualitativo, en atención a la aplicación de los principios que rigen la materia, esto se logra gracias entre otras cosas a los avances tecnológicos y los grandes objetivos nacionales encaminados al desarrollo del país, siendo evidente que la tan anhelada transformación de la matriz productiva requiere de obra pública de gran envergadura.

Siendo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública una obra humana la misma no se muestra infalible, debiendo ser perfeccionada a través del ejercicio práctico de la misma donde se muestran sus bondades, falencias e incongruencias.

Dentro de los procedimientos contractuales establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra como un procedimiento especial dados sus requisitos y particularidades la contratación integral por precio fijo, modalidad contractual que utiliza como procedimiento de selección del contratista otro procedimiento – común-, el de licitación, existiendo en este sentido un trato indiscriminado y confuso de la ley respecto a lo que es un procedimiento contractual destinado a la selección del contratista para la ejecución de la obra, con un tipo y modalidad contractual que debe cumplir con todos los elementos, características y requisitos que la LOSNP dispone para la celebración de un contrato administrativo.

Una de las características fundamentales de la contratación integral por precio fijo está dada por transferencia de los riesgos y responsabilidades hacia el contratista lo cual constituye un grave condicionamiento, que por criterio del autor no ha permitido el desarrollo de esta modalidad contractual en la cual de forma expresa se prohíbe cualquier mecanismo de variación de precios, las contingencias en este tipo de contratos deben ser escrupulosamente analizadas por el contratista a riesgo de que el acuerdo pueda resultarle oneroso, frente a esta situación el precio del contrato lógicamente se encarecerá lo cual a la larga se traduce en un perjuicio para la Administración Pública y la sociedad en su conjunto que busca obras de calidad a los más bajos precios. El riesgo que asume el contratista en este tipo de contratos es sumamente elevado, a esto se suma el requerimiento de estudios completos, definitivos y actualizados de parte de la Entidad Contratante que por decir lo menos, no siempre serán los mejores, dadas las evidentes limitaciones de recursos de dichas entidades.

En concordancia con lo antes señalado, se precisa de una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que viabilice el desarrollo de la contratación integral a precio fijo, que como modalidad contractual se muestra idónea en la consecución de grandes de proyectos de infraestructura para el país en atención a sus características que la asimilan a tipos o modalidades contractuales que se vienen desarrollando a nivel internacional en el sector público y privado.

Del análisis de casos se puede observar que el concepto de integralidad y precio fijo, se desarrolla en el país en el ámbito de la contratación público, no bajo el esquema que presenta la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con la modalidad de contratación integral a precio fijo pero bajo otras modalidades que conjugan esquemas integrales con precios unitarios, suma global y precio fijo, estableciendo una especie de mixtura a la cual se llega a través del acuerdo de voluntades entre las partes

Recomendaciones

En relación al tema planteado sobre la modalidad de contratación integral por precio fijo es necesario que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública haga una correcta diferenciación entre lo que es un procedimiento –licitatorio- al que se sometería en razón del monto del presupuesto referencial y un tipo o modalidad contractual dadas sus particularidades y requisitos que le son inherentes y únicos, de conformidad con lo que establecen los artículos 53, 54, 55 y 56 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es necesario que dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la contratación integral por precio fijo se cuente con una adecuada planificación en la asignación de riesgos y responsabilidades, lo contrario atenta a su desarrollo mostrándose en los actuales momentos como una modalidad contractual en desuso, por no decir que constituye salvo algún caso de excepción como lo señala el presente trabajo en letra muerta, si bien los mecanismos de variación de precios en este tipo de contratos no pueden ser indiscriminados tampoco pueden ser excluidos en forma tajante transgrediendo el principio de equilibrio económico que se sustenta en teorías como de la imprevisibilidad o el hecho del príncipe, en este sentido esta modalidad contractual debe admitir algunos casos de excepción para la variación de precios en el contrato, hecho que es sustentado por la doctrina para un tipo de contratos de similares características como son los de “diseño y construcción” o también mal llamados llave en mano.

Propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art.1.- Agréguese en el penúltimo inciso del artículo 53 luego de “variación de precios” lo siguiente “Salvo expresos casos de excepción que establezca el Reglamento General a esta Ley”.

Art.2.- Suprímase el numeral 3 del artículo 54 de la esta Ley.

Art.3.- Agréguese al artículo 48 de esta Ley el numeral 4 que diga “4. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobre pasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”

Art.4.- Añádase a continuación del artículo 36 los artículos 53 reformado, 54, 55 y 56 de esta Ley.

Bibliografía

- Blanquer, David. *Derecho administrativo: Los sujetos, la actividad y los principios*. Vol.2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Dávila, Pablo. *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: Cevallos editora jurídica, 2015.
- Ducci, Jorge, Omar Garzonio, Henry Alberto Moreno Moreno, Manuel José Navarrete, Alejandra Perroni y Rodrigo Riquelme. *Ventajas y riesgos de contratos llave en mano* (Nota técnica del BID; IDB-IN-523, septiembre del 2013) <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6006/Ventajas%20y%20riesgos%20de%20contrato%20llave%20en%20mano.pdf?sequence=1>>
- García, Francisco (coord.). *Manual de contratación del sector público: Estudio sistemático de las obligaciones de la hacienda pública, los contratos y convenios de la administración y del resto del sector público*. 2ª Ed. Granada: Editorial Comares, 2011.
- Gómez, Daniel. “Contratos administrativos: Versión Clásica. Parte II”. En Ismael Ferrando (h.) Director, *Contratos administrativos*, Buenos Aires: Ableldo-Perrot, 2002.
- Idrobo, Marco. *La contratación administrativa en el Ecuador*. Quito: Editorial Época, 1984.
- López, William. *Tratado de Contratación Pública*. Tomo I. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Prado, Arturo. *El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características*. Revista Chilena de Derecho, Vol 41 No.2, 2014, (765-783) <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art17.pdf>>
- Rosero, Berta. *Contratación estatal: Manual teórico – práctico*. Colombia: Ediciones de la U, 2011.
- Silva, Fernando. *Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual, desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral*, Revista@ e-Mercatoria, Volumen 6, Número 2 (2007), 17 <<file:///C:/Users/hbgm/Downloads/Dialnet-UnaAproximacionALaVisionDeLaCorreccionDelDesequili-3626158.pdf>>
- Saturia, Esguerra. “Naturaleza de los contratos de la administración”. Tesis doctorado, Universidad Javeriana, Bogotá, 1975.

Sayagués, Enrique. *La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas (nota de jurisprudencia)*. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo, año. 48, núm. 1, enero, 1950.

Valle, Lucía. *Licitación y administración indirecta*. Revista de Derecho Público, 25-26, 1979.

Fuentes de consulta normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008]. Registro Oficial Nro.449 de 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Código Civil. Codificación. *Registro Oficial, Suplemento*. No.46, Quito 24 de junio de 2005.

Ecuador. Código Orgánico General de Procesos, COGP. *Registro Oficial, Suplemento*. No.506 Quito, 22 de mayo de 2015.

Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública. Resolución No.RE-2013-000082: Reglas de participación para la contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, Quito, 15 de febrero de 2013.

Ecuador. Ley de Contratación Pública. *Registro Oficial* No. 501, Quito, 16 de agosto 1990. Derogada.

Ecuador. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Registro Oficial* No.338, Quito 18 de marzo de 1968.

Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 395, Quito, 04 de agosto de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 100, Quito, 14 de octubre de 2013.

Ecuador. Presidencia de la República. Oficio No. T.1056.-SGJ-14-914: Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, 11 de diciembre de 2014.

Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 588, Quito, 12 de mayo de 2009.

Páginas web

Lexis S.A., portal jurídico del Ecuador. <<http://www.silec.com.ec>>

SERCOP., portal <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>>

Sistema Oficial de Contratación Pública., portal compras públicas
<<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/>>

ANEXOS

ASPECTOS JURÍDICOS

DE LA CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO

Preguntas con relevancia jurídica en contratación pública planteadas al doctor

Fernando Proaño Alvarado:

- Docente Universitario
- Funcionario de Carrera del Ministerio de Transporte y Obras Públicas
- Experto en Contratación Pública

CUESTIONARIO:

1. A su criterio la Contratación Integral por Precio Fijo establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respeta los principios establecidos en la misma Ley?

RESPUESTA.-

Debemos al respecto considerar el principio de legalidad que es el esencial, puesto que conforme lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, en Derecho Público solo puede hacerse lo previsto en la Constitución y en la Ley.

Luego, si la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé como procedimiento especial a la contratación integral por precio fijo, bajo condiciones y características únicas, pero que a ellas se somete libremente el proveedor del Estado (lato sensu); es decir, entrega su consentimiento libre de vicios, entonces cabe con propiedad y en rigor jurídico afirmar que en efecto es este procedimiento especial, se respeta los principios tutelares establecidos en el artículo 4 de la Ley.

Otro tema es que esta contratación entrañe riesgos añadidos para el contratista, y en definitiva para la entidad, y sobre todo para el beneficiario último de la obra pública; el usuario, la sociedad, pero eso es materia de oro tipo de análisis.

2. De su experiencia y en relación con su práctica profesional, la Contratación Integral por Precio Fijo establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, beneficia a las instituciones esta Contratantes?

RESPUESTA.-

El beneficio evidentemente estaría en función del cumplimiento cabal de lo acordado contractualmente como cabe esperar de toda relación contractual pública.

Pero en la contratación integral por precio fijo, que se halla sujeta a mayores contingencias que podrían atentar contra su ejecución, al hallarse vetada la posibilidad de reajuste de precios, de variaciones como producto de los contratos complementarios, y de los actos administrativos que son comunes en los contratos de obra estipulados bajo la modalidad de precios unitarios: órdenes de cambio, y órdenes de trabajo, indudablemente el riesgo es acrecentado.

Si a ello añadimos la proverbial falencia o deficiencia que acusan las entidades contratantes en el cumplimiento de la obligación previa a toda contratación, de contar con los estudios completos y actualizados, especificaciones y todo el sustento técnico, el riesgo que pesa sobre la contratación integral, como hemos expresado, es mayor.

En esta contratación, en razón de sus especiales características aplica el principio según el cual “quien hace la estimación asume el riesgo”. Estimación y riesgo a cargo del oferente en la licitación pública que debe llevarse adelante, que por los elementos analizados, ponen en duda el beneficio que pudiera reportar esta contratación a la entidad contratante, sin que claro está, a base de una planificación adecuada, documentación técnica de soporte completa y actualizada, disponibilidad de recursos para el oportuno cumplimiento de las obligaciones que deriven del contrato, y una estimación por parte del proveedor adecuada, rigurosa, precisa, el proyecto pueda resultar exitoso.

3. En su opinión cuál podría ser la razón por la cual para realizar un procedimiento especial de Contratación Integral por Precio Fijo se debe utilizar un procedimiento común como es la Licitación establecida igualmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

RESPUESTA.-

A nuestro juicio ello se debe a que el objeto de la contratación involucra proyectos de infraestructura con presupuestos referenciales significativos que pueden involucrar cierta o mucha complejidad en su ejecución. Si a ello añadimos las características tan particulares que aplican para este procedimiento especial, cabe conjeturar que el legislador quiso propiciar la mayor concurrencia de interesados que pueda garantizar a priori al ente público, la oportunidad de conseguir la mejor oferta para semejante empresa.

Además, si el proyecto se halla bien concebido, se garantizará una sana confrontación en el proceso de selección más representativo en contratación pública: la licitación.

4. Durante su ejercicio profesional ha participado en alguna etapa cuyo resultado se traduzca en una Contratación Integral por Precio Fijo? Conoce el resultado de dicha contratación?

No, pero por referencias sé que el contrato de construcción del puente sobre el río Chiche, el Municipio de Quito, a través de la EPMMOP-Q, lo contrató bajo esta modalidad, entiendo que con éxito.

Otra referencia corresponde al contrato celebrado el 5 de octubre de 2009 entre la Compañía Hidroeléctrica COCA Codo Sinclair S.A., y la Compañía china SINOHYDRO CORPORATION, para la fabricación, construcción, instalación, puesta en operación y compleción segura y a tiempo de los trabajos requeridos en la Central Eléctrica Coca Codo Sinclair.