

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**“PROCESOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS A LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS EN
LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

LEONARDO ANTONIO MONCAYO AMORES

DIRECTORA: ANA MARÍA ROSERO RIVAS

QUITO, FEBRERO 2014

ABSTRACT

El objetivo de la presente investigación ha sido determinar la condición de los Contratistas del Estado, específicamente lo referente a la ejecución de garantías y consecuentemente la terminación unilateral de la relación jurídica.

El presente trabajo, tiene como punto de partida el contrato administrativo instrumento por el cual, las partes contractuales generan derechos y obligaciones entre sí, mismo que tiene su origen en el derecho romano y ha sufrido transformaciones hasta adaptarse al derecho administrativo.

Es necesario precisar, que a lo largo de este trabajo de titulación he realizado un análisis en base a principios y criterios del Derecho Administrativo así como principios constitucionales, que tienen como finalidad regular las actuaciones del Estado evitando la arbitrariedad.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, el referido análisis, toma en cuenta las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y Resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública (actual Servicio Nacional de Contratación Pública), mismas que nos permitirán centrarnos en la problemática actual, tomando en cuenta la situaciones similares que ocurren en los países de Costa Rica, Colombia y Chile.

Esta investigación pone énfasis en los mecanismos de protección de derechos que tienen los Contratistas cuando actúan en su papel de administrados, frente a las potestades exorbitantes que posee la Administración Pública, examinando a través de un sistema de pesos y contrapesos los derechos de la Administración Pública frente a los derechos de los Contratistas, tratando de identificar mecanismos para frenar esta brecha y tratando de determinar un punto de equilibrio entre el interés público y el de los particulares.

Con lo cual, podemos inferir que es necesario generar procedimientos de reforma a la normativa vigente que regula la contratación pública en el Ecuador, en la que se prevean mecanismos de reclamo en la fase contractual a favor del Contratista en casos en los que la Contratante decida ejecutar una garantía y/o dar por terminado el contrato unilateralmente.

INDICE

INTRODUCCIÓN..... 6

**CAPÍTULO I - TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO..... 8**

1.1. Breve Reseña Histórica de la Aparición del Contrato Administrativo... 8

1.2. Existencia o Inexistencia del Contrato Administrativo... 12

1.3. El Contrato Administrativo ... 13

1.3.1. Definición de Contrato Administrativo... 14

1.4. Elementos Constitutivos del Contrato Administrativo ... 15

1.4.1. Sujetos del Contrato ... 16

1.4.2. Consentimiento ... 18

1.4.3. Forma... 19

1.4.4. Objeto, Causa y Finalidad del Contrato... 19

1.4.5. Régimen Jurídico Aplicable... 20

1.5. Breve Comparación entre Contrato Civil y Contrato Administrativo... 20

**1.6. Potestades Exorbitantes de la Administración Pública en los Contratos
Administrativos... 21**

1.6.1. Interés Público, Poder Público y Servicio Público... 21

1.6.1.1. Interés Público...	21
1.6.1.2. Poder Público...	23
1.6.1.3. Servicio Público...	24
1.6.2. Alcance y Definición de las Potestades Exorbitantes de la Administración...	26
1.6.3. Potestades de la Administración en Materia de Contratación Pública...	29
1.6.3.1. Ius Variandi...	29
1.6.3.2. Interpretación Unilateral...	31
1.6.3.3. Resolución Unilateral...	32
1.7. Bloque de Constitucionalidad...	34
1.7.1. Origen del Bloque de Constitucionalidad...	34
1.7.2. El Bloque de Constitucionalidad en Sudamérica...	35
1.7.3. Alcance al Concepto de Bloque de Constitucionalidad...	36
1.7.4. La importancia del principio “pro homine” en el uso del Bloque de Constitucionalidad...	39
1.7.5. El Bloque de Constitucionalidad en la Constitución 2008 del Ecuador...	39

CAPÍTULO II - LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN ECUADOR

2.1. Antecedentes de las Garantías... 42

2.1.1. Breve Reseña del Origen de las Garantías en el Derecho Romano... 42

2.1.2. Definición de Garantía... 42

2.2. Importancia de la exigencia de garantías dentro de las contrataciones realizadas por la Administración... 43

2.3. Características de las Garantías en la Contratación Pública en el Ecuador... 47

2.3.1. Antecedente: Garantías en la Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría (actualmente derogadas)... 47

2.3.1.1. Ley de Contratación Pública... 47

2.3.1.2. Garantías Requeridas en la Ley de Contratación Pública... 48

2.3.2. Formas de Rendir Garantías en la Ley de Contratación Pública (Derogada)... 51

2.3.3. Ley de Consultoría (Derogada)... 52

2.3.3.1. Garantías requeridas en la Ley de Consultoría (Derogada)... 53

2.4. Garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública... 55

- 2.4.1. Garantías Requeridas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública... 57**
- 2.4.2. Formas de Rendir Garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública... 60**
- 2.5. Análisis comparativo entre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría (estas dos últimas derogadas) en cuanto a garantías y forma de ser presentadas... 61**
- 2.6. Características de las Garantías en la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública... 63**
- 2.7. Responsabilidad de Entidades Públicas y Servidores Públicos respecto al Manejo de Garantías y Delegación de Obligaciones... 70**
 - 2.7.1. Facultad de Máximas Autoridades de Delegar Competencias a su Cargo...72**
- 2.8. Recursos Administrativos ante Actos Administrativos... 77**
 - 2.8.1. Recurso de Reposición... 80**
 - 2.8.2. Recurso de Apelación... 81**
 - 2.8.3. Recurso Extraordinario de Revisión... 82**

CAPÍTULO III - EJECUCIÓN DE GARANTÍAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO

- 3.1. Ejecución de Garantías en caso de Terminación Unilateral del Contrato...87**
- 3.2. Otros casos en los que procede la ejecución de garantías... 90**
- 3.3 Adquisición de ciertos bienes que requieren de Garantía Técnica... 95**
- 3.4. Procedimiento de Ejecución de Garantías... 97**
- 3.5. Derecho Constitucional de Petición y Casos No Previstos por la Administración... 99**

CAPÍTULO IV - LEGISLACIÓN COMPARADA

- 4.1. Introducción... 107**
- 4.2. Legislación de la República de Costa Rica... 107**
- 4.3. Legislación de la República de Colombia... 113**
- 4.4. Legislación de la República de Chile... 117**
- 4.5. Conclusiones... 119**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES... 121

BIBLIOGRAFÍA... 125

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

La Contratación Pública en Ecuador a partir del 2008, tuvo un cambio radical debido a la introducción de un sistema nacional para las contrataciones estatales, contenido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En tal contexto, el presente trabajo tiene como propósito hacer un análisis que parte de la importancia del sistema de garantías en la contratación pública, como instrumento para asegurar a la Administración el cumplimiento cabal de las obligaciones que nacen del contrato; su carácter de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato; pero, también abordando los mecanismos de defensa que requieren los contratistas en la fase de ejecución contractual respecto de las resoluciones que sobre la ejecución de garantías adopta la entidad contratante y que nuestra legislación no contempla.

Dicho análisis se realiza partiendo del hecho de encontrarnos en un Estado neo constitucional de derechos y justicia, del cambio de paradigma de la Ley como rector último de los derechos a enfocarse en la efectiva vigencia del derecho a través del bloque de constitucionalidad.

El primer capítulo contiene una revisión introductoria de los antecedentes del contrato administrativo; en el segundo se revisan las garantías desde su aparición en el derecho privado en Roma, la importancia que revisten para que se concrete una relación contractual y asegurar los intereses de las partes. Por otro lado, como se encuentra prescrito en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reciente reforma de octubre de 2013, se examina el carácter de las garantías que aseguran el cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a la Administración, su manejo y las responsabilidades que conlleva; y, los mecanismos de defensa que la legislación, en materia administrativa, ha prescrito en forma general para recurrir

los actos de la Administración que aseguran el derecho a la defensa y debido proceso para los administrados.

El tercer capítulo abarca, por una parte, el examen del contenido de las normas que regulan la ejecución de garantías, especialmente en el contexto de la terminación unilateral de la relación contractual con el Contratista; y, se contrapesa esa materia, con el respeto al derecho de defensa que debe encontrarse siempre que la Administración emita actos que afecten directa o indirectamente a los administrados.

El tema, evidentemente, no es aislado y la legislación comparada lo trata de distintas maneras. En este trabajo se revisan las legislaciones costarricense, colombiana y chilena para encontrar argumentos que soporten la necesidad de tener mecanismos de defensa en todas las fases que supone el procedimiento de contratación con el Estado.

Ecuador es en la actualidad un Estado garantista de derechos, lo que supone que en todas las instancias de su actuar deberá responder a la norma constitucional que garantiza la efectiva protección de los mismos; por ello, el trabajo concluye con la propuesta de introducir una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se establezcan mecanismos de defensa en vía administrativa respecto de las actuaciones de la Administración en la fase de ejecución contractual de los procedimientos de compras públicas. Dichos mecanismos mantendrían un equilibrio necesario entre el cuidado del interés público por parte de la Administración, así como el derecho a la defensa y debido proceso a favor del Contratista.

CAPÍTULO I - TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1. Breve Reseña Histórica de la Aparición del Contrato Administrativo

Hasta la Revolución Francesa la concepción de la Administración Pública funcionaba más bien como un aparato meramente represor en el cual su fin era atender las necesidades de quien ostentaba el poder siendo secundario, poco o nada importante, el atender los intereses y necesidades de sus "súbditos" ya que no debía rendir cuentas a ningún ente regulador. García-Trevijano Fos, refiriéndose al origen del Derecho Administrativo en los Estados antiguos expresa lo siguiente:

«Incluimos en los Estados antiguos los orientales, en cuya época puede decirse que empieza la historia, superando a la prehistoria. La concepción de la Administración es realmente primitiva y tiene una función omnicomprendiva, pero no se la entiende como una entidad independiente, no se entiende un concepto exacto de lo que es. Son Estados teocráticos y despóticos. No se puede hablar en esta época de que exista, frente a la esfera de la Administración o del Estado en general, una esfera de los particulares. Están absolutamente sometidos a un criterio y por una creencia puramente religiosa. Aún hoy día encontramos manifestaciones de Estados teocráticos, sobre todo en Oriente Medio. Van desapareciendo porque la época no es propicia para estas concepciones de Estado e Iglesia unificados. Pero existían Administración y administración. Son Estados-ciudad, en los cuales surgen una serie de problemas muy minimizados en relación con los actuales, pero que efectivamente dan lugar a una acción administrativa. Es preciso limpiar las calles, tener unos policías en las puertas de las ciudades, reglamentar los mercados. Y todo esto no es sino una acción de la Administración.»¹.

¹ García-Trevijano Fos, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, pp. 4 y 5.

El repaso histórico por las grandes civilizaciones antiguas, –una de las más importantes el Imperio Romano cuya organización administrativa tiene bases en una organización de gobierno volcado a complacer a quien esté a la cabeza–, deja como conclusión que el origen del Derecho Administrativo moderno no resulta de la normativa ni organización de un modelo totalitario antiguo, sino que a partir de consideraciones doctrinarias, políticas y filosófico-jurídicas encuentra un sentido y una base de fundamentos con el surgimiento del Estado moderno al servicio de los ciudadanos. El gran paso que la Revolución Francesa provoca es la reestructuración del poder político. Sobre este punto el profesor español Juan Alfonso Santamaría Pastor señala que:

« (...) Desde el punto de vista del derecho que la regula, la evolución del poder y la administración en los últimos mil años presenta un punto de inflexión capital en los movimientos revolucionarios de signo liberal y constitucionalista acaecidos a fines del siglo XVIII, que impusieron una pauta de limitación y racionalización al proceso de crecimiento ininterrumpido del poder: la aparición del Derecho Administrativo, en el sentido moderno y propio de la expresión, tiene lugar justamente a partir de dichas fechas».²

«La mayoría de los autores que se han enfrentado con el estudio de la elaboración histórica del derecho administrativo, entiende que esta rama del derecho nace de la Revolución Francesa. En efecto, la Revolución Francesa fue una revolución política, social y económica, sobre la cual se va a construir el Estado de Derecho y el liberalismo. De hecho, por una parte, significa el fin del Estado Absoluto; la organización política que se va a encontrar va a tener poderes limitados, no sólo porque el Estado se va a encontrar separado en sus poderes para realizar el adecuado balance y contrapeso entre ellos, sino porque el poder legislativo y a través de él, la ley, va a tener la supremacía.»³

La Revolución Francesa dejó establecidos al menos tres pilares fundamentales para la vida del recién creado Estado de Derecho que son:

²Gustavo Penagos, *Bases jurídico políticas del Derecho Administrativo*: El Consejo de Estado francés, origen del Derecho Administrativo, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., p. 5.

³Cosimina Pellegrino, *Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Su Objeto ¿Pretensiones Fundadas en el Derecho Administrativo?* Internet. <http://www.zur2.com/fcjp/112/cosimina.htm>, Acceso: 12/05/2012.

«1. División de poderes (que en la actualidad denominamos separación de las ramas del poder público, que colaboran armónicamente en el cumplimiento de sus fines (...); 2. El principio de legalidad. El funcionario sólo puede hacer lo que esté determinado en la Constitución, Ley o Reglamento (...); y, 3. La posibilidad de impugnar los actos de la Administración por los ciudadanos.»⁴

El profesor Jean Riveró, al explicar la obra de la Revolución Francesa, enseña lo siguiente:

«B. LA OBRA DE LA REVOLUCIÓN. Esta puede resumirse en tres puntos principales:

«1. En primer lugar una obra de destrucción: casi la totalidad de la Administración del Antiguo Régimen desaparece. Se trata, al menos en apariencia, de una tabla rasa, de una ruptura total con el pasado. Sólo subsisten los cuerpos administrativos especializados, en razón de su carácter técnico.

«2. Sobre este terreno así allanado, la Revolución va a tratar de edificar una administración racional, uniforme y coherente. De los diversos ensayos que se suceden en este sentido, un solo elemento positivo subsistirá: la división territorial de Francia en departamentos y en comunas. Por el método, en cambio, sobrevive el espíritu de sistema y el gusto por la uniformidad que caracterizarán durante largo tiempo el régimen administrativo francés.

«3. Finalmente, y sobre todo, la Revolución formula los principios de la filosofía política que permanecerán como base de toda la elaboración ulterior: la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la administración, y el liberalismo económico. De esta ideología, algunos componentes se han esfumado, principalmente en materia económica, pero la mayoría han guardado su autoridad, ellos proveen al derecho administrativo de lo esencial en sus principios generales.»⁵

El surgimiento del Estado de Derecho deja de lado cientos de años de permanente abuso y acumulación del poder, de instituciones represivas, opresión a los ciudadanos, de control omnipotente de reyes y emperadores, de aprovechamiento del uso de la religión y el Estado como método de imposición de sistemas autoritarios y, lo más importante, deja a un lado el sistema de pensamiento del ciudadano como súbdito, del Estado como monarca.

⁴ Gustavo Penagos, Op. Cit. pp. 6 y 7.

⁵ Gustavo Penagos, Op. Cit. p. 76.

Dejando sentado de manera breve el surgimiento del Estado de Derecho con la Revolución Francesa, al menos para los países de tradición latina, es importante definir de manera general cuando se da el paso definitivo por el cual la Administración Pública, institucionalizada, se da cuenta de la necesaria intervención del Estado en la vida de los ciudadanos.

El surgimiento del Estado de Derecho, se ve por la doctrina en la siguiente forma:

- a) «Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución Industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos hoy por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremos la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.»⁶
- b) «El resultado de aquel proceso provocó, en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo.

«Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.»⁷

- c) «El resultado final de este salto en la vida del Estado fue definitivo. El cumplir las demandas de la ciudadanía se convirtió en el centro de los esfuerzos estatales generando un movimiento del aparato estatal nunca antes visto; el hecho de que el Estado busque

⁶ María Laura Ardon, *La Reforma del Estado en materia de Licitación Pública como punto de partida para estimular la participación de oferentes*, Internet. http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos_digitales/72/seminario-3673-la.pdf, Acceso: 14/05/2012.

⁷ Jesús Morant Vidal, *Los Contratos Administrativos (I)*. Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa, Internet. <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200210-55561730810212721.html>, Acceso: 14/05/2012

complacer todas estas demandas resultaba imposible e impráctico, situación que cambia al contratar a particulares que se encarguen de las distintas necesidades a ser cometidas.

- d) La figura del contrato administrativo surge de esta relación jurídica contractual entre el Estado y los particulares, separándose del contrato civil por sus características únicas que lo diferenciarían y lo harían parte del recién conformado Derecho Administrativo; su uso habitual haría que se cuestione el uso del contrato civil en las relaciones de la Administración con los particulares.

«La casuística del Consejo de Estado francés se instaura como una fuente de Derecho imprescindible, una institución jurídico-administrativa que facilitó al Estado francés este cambio jurídico-político hacia el Estado de Derecho. Al considerar el Consejo de Estado, que reviste naturaleza administrativa, aquel contrato en el cual se le ha confiado al contratista la ejecución directa de un servicio público.»⁸ Sus características propias, elementos constitutivos y desarrollo jurídico iniciaron la construcción jurídico-administrativa de un instrumento que se aparta de la teoría civilista contractual (entre particulares) y ve la necesidad de crear su propia fuente normativa que definiría de manera formal su carácter especial dentro del Derecho y sería revestido de principios y un articulado que solo puede tener valor jurídico bajo su propia Ley.

1.2. Existencia o Inexistencia del Contrato Administrativo

Los puntos de vista doctrinarios son diversos al momento de plantear la existencia del contrato administrativo. Los autores de tradición anglosajona rehúyen a la idea de derecho administrativo y peor aún al contrato administrativo; por otro lado, la tradición latina acepta esta rama del derecho y sus instituciones lo que nos deja un amplio espectro doctrinario donde caben opiniones encontradas en cómo se configura las relaciones jurídicas contractuales entre el Estado y los particulares.

El autor Enrique Sayagués esquematizó de manera general los principales criterios manejados por la doctrina en cuanto a la existencia de «contratos administrativos», exponiéndolos en los siguientes términos:

⁸ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 191.

- a) «Para algunos autores no existen vínculos contractuales en la actividad de la administración: ni contratos de derecho privado, ni contratos administrativos. La administración procede siempre por actos unilaterales, requiriendo simplemente en algunos casos el mero asentimiento o adhesión del particular.
- b) Otra tendencia considera que los actos administrativos son siempre unilaterales y que, por lo tanto, no existen contratos administrativos; pero admiten que la administración celebra contratos regulados por el derecho privado, entre los cuales están los de obra pública, suministros, empréstitos, venta o arriendo de bienes, etc. (...)
- c) El criterio más generalizado admite que la administración puede dictar actos unilaterales así como celebrar contratos administrativos y, además, vincularse contractualmente según las normas de derecho privado (...)
- d) Por último, se sostiene que allí donde la administración actúa, la relación jurídica es siempre pública y por lo tanto, según sea unilateral o bilateral, habrá acto o contrato administrativo.»⁹

El literal d) de las doctrinas antes señaladas es la utilizada de manera general en los países de tradición latina y no escapa de esta realidad la legislación ecuatoriana en las relaciones contractuales del Estado con los sujetos que contrata sean públicos, privados o mixtos.

1.3. El Contrato Administrativo

La doctrina del Derecho Administrativo reconoce al contrato administrativo como una de sus instituciones, la cual la define de la siguiente forma: «El contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, razón por la cual el Estado ya no ve como un adversario, sino como un colaborador cuyos intereses no son necesariamente opuestos al interés del Estado.»¹⁰

Con el paso del tiempo, el fortalecimiento del Estado como se encuentra institucionalizado actualmente y la continua demanda de obras y servicios básicos por parte de la

⁹ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho administrativo*, 8ª Edición, Actualizada por Daniel Hugo Martins, Fundación de Cultura Universitaria y Clásicos Jurídicos Uruguayos, Montevideo, 2002, p. 525.

¹⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 9ª Edición Actualizada, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001. p. 356.

ciudadanía, ha generado al Estado una obligación y para los administrados un derecho concreto y garantizado, razón por la cual el Estado requiere del contrato administrativo ya que el interés público está de por medio, motivo por el cual la relación jurídica de la Administración con los particulares reviste una serie de consideraciones y cuidados a favor del interés público.

1.3.1. Definición de Contrato Administrativo

La definición de contrato administrativo no se separa en términos generales de la forma de un contrato civil, pero sus características particulares lo hacen único e imposible de concebir en el derecho privado. Al respecto, Cassagne afirma que « (...) responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos.»¹¹

Definiendo al contrato administrativo desde una perspectiva de colaboración entre la Administración y el sector privado, Dromi lo define de forma puntual de esta manera:

«El contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aún actuando en situación de subordinación económica-jurídica respecto de las personas públicas comitentes»¹²; y, lo conceptualiza simplemente como «un acuerdo creador de relaciones jurídicas.»¹³

En la misma línea de ideas, se lo define como «el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas.»¹⁴; «Es un contrato de Derecho público la convención que el Estado obrando como sujeto de Derecho Público realiza con otro sujeto de

¹¹ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit. p. 21.

¹² Roberto Dromi, Op. Cit. p.470.

¹³ Roberto Dromi, Derecho Op. Cit. p. 360.

¹⁴ Elizabeth Iniguez de Salinas, *Contratos Administrativos*, Internet: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/ca_eis.pdf, Acceso: 02/06/2012.

Derecho (público o privado) con un fin público»¹⁵; el profesor Delgadillo lo define como el «acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y un particular, creador de derechos y obligaciones, cuya finalidad es la satisfacción del interés público y que se encuentre sujeto a un régimen de derecho público.»¹⁶

Las definiciones antes mencionadas coinciden sobre este instrumento jurídico, resaltando la importancia de que una de las partes debe ser necesariamente la Administración en ejercicio de una función pública y el hecho de celebrarlo para cubrir una necesidad pública. Todos los ensayos de esta definición parecerían coincidir en estos elementos, sin olvidar que debe estar al amparo de un régimen jurídico público.

La definición de contrato administrativo en la legislación ecuatoriana se encuentra en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su Artículo 75 que prescribe: «Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables».

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Artículo 60 conceptualiza al contrato administrativo como: «Art. 60.- Carácter de los contratos.-Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos. » Es decir, todo contrato que se encuentre bajo el ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es administrativo.

1.4. Elementos Constitutivos del Contrato Administrativo

La naturaleza jurídica del contrato civil como del contrato administrativo tiene un punto de encuentro del cual, de hecho, parte el contrato administrativo como elemento constitutivo, y que es el acuerdo de las partes. El Código Civil en su Artículo 1454 prescribe: «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.» Esta definición básica se aplica para ambas

¹⁵ Torres, Galo; terminación Unilateral de Contratos Administrativos, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito 1996; p. 33

¹⁶ Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Lucero Espinoza Manuel, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, séptima edición, México, 2005, p. 327

clases de contratos; otra semejanza son las causas de excepción al cumplimiento de las obligaciones estipuladas, sea por caso fortuito o fuerza mayor, sobre esto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina:

«Art. 93.- Terminación por mutuo acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.» Refiriéndose a estos vicios contractuales, Sayagués afirma que «las reglas relativas al error, violencia y dolo al tratar de la voluntad en los actos administrativos, rigen también para los vínculos contractuales de la administración.»¹⁷

El contrato administrativo como instrumento jurídico que constituye fuente de derechos y obligaciones que las partes suscriptoras de común acuerdo han convenido pactar, tiene elementos distintos que configuran un régimen jurídico que se diferencia de los elementos tradicionales de un contrato civil. A continuación analizaré los elementos esenciales aceptados por la doctrina y que sin estos sería difícil concebir un contrato administrativo:

1.4.1. Sujetos del Contrato

En los contratos administrativos, por lo menos una de las partes, que pueden ser dos o más, habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto será un particular o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro órgano del poder público. Sayagués considera que «En la contratación administrativa una de las partes es siempre la administración, es decir, un órgano estatal actuando en función administrativa (...) El órgano de administración debe mantenerse dentro de su competencia.»¹⁸

Esta puntualización puede ser analizada desde un punto de vista en el cual la existencia de un contrato administrativo en el Ecuador depende de que una de las partes contractuales sea

¹⁷ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1963, pág. 542.

¹⁸ Enrique Sayagués Laso, *Op. Cit.* p. 541.

parte del Estado, de la forma más general como define la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Artículo primero referido a su ámbito de aplicación:

«Art. 1.- Objeto y ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

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

El Artículo antes transcrito limita los sujetos de derecho público que están investidos de potestad para contratar bajo el sistema nacional de contratación pública, siendo excluyente y determinadora esta regulación.

1.4.2. Consentimiento

El consentimiento siempre será un elemento fundamental de cualquier relación jurídica bilateral. «Para que exista contrato se requieren dos voluntades válidas. En la contratación administrativa una de ellas es de la administración y la otra del co-contratante. Las reglas relativas al error, violencia y dolo al tratar de la voluntad en los actos administrativos, rigen también para los vínculos contractuales de la administración. »¹⁹. Es un requisito sine qua non de cualquier contrato, sea administrativo, civil o cual fuere su naturaleza, ya que este elemento es «causa esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo».²⁰ La formación de éste consentimiento difiere por la naturaleza de las partes, tanto para personas naturales como jurídicas y en especial para la Administración puesto que la formación de la voluntad administrativa está conformada por una

¹⁹ Enrique Sayagués Laso, Op. Cit. p. 542.

²⁰ Jorge Fernández Ruíz, *Panorama del Derecho Mexicano-Derecho Administrativo*, McGraw-Hill, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 156.

serie de actos de simple administración que promueven la inequívoca necesidad de adquirir determinado bien o servicio.

1.4.3. Forma

El contrato administrativo tendrá que cumplir ciertas formalidades las cuales se verán reflejadas en el procedimiento administrativo para su formación o en los elementos individuales que dan plena validez jurídica al contrato. Sayagués separa la forma de las formalidades del contrato en este sentido: «Las formalidades son los requisitos que han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al encuentro de ambas voluntades; la forma es uno de dichos requisitos y se refiere al modo cómo se documenta el vínculo contractual.»²¹

1.4.4. Objeto, Causa y Finalidad del Contrato

El objeto del contrato debe tener como requisito de derecho el ser «cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a especie, y consistente en la creación o transmisión de derechos y obligaciones-objeto directo, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no haber (...)»²² Complementario a esto y como fin último por el cual la Administración busca tener relaciones jurídicas con particulares u otros organismos del Estado, es la necesidad o el interés público que busca satisfacer a través de dicha contratación, razón que justifica su objeto. Refiriéndome a la causa del contrato, a decir de Héctor Escola: «La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y la de una finalidad, implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos.»²³

La finalidad del contrato siempre supondrá el cumplir con los objetivos institucionales de la Administración a favor de los administrados. Sayagués entiende a esta finalidad de esta manera: «Los poderes jurídicos que le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio.»²⁴ Como dice Miguel S. Marienhoff: «La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto. De modo que la finalidad en

²¹ Enrique Sayagués Laso, Op. Cit. p. 547.

²² Jorge Fernández Ruíz, Op. Cit. p. 156.

²³ Héctor Escola citado por Fernández Ruíz Jorge, Op. Cit. p. 157.

²⁴ Enrique Sayagués Laso, Op. Cit. p. 546.

relación al objeto o contenido del acto, actúan teleológicamente.»²⁵ Por su parte Cassagne complementa estas afirmaciones diciendo sobre el contrato administrativo que «esa finalidad pública, y no la competencia jurisdiccional, es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen (...)»²⁶

1.4.5. Régimen Jurídico Aplicable

Para el contrato administrativo «su régimen jurídico es de derecho público, razón por la cual puede contener cláusulas exorbitantes al derecho privado, aunque el hecho de que no las contenga expresamente no implica que el órgano administrativo no las pueda ejercer, ya que las mismas siempre se hallan presentes por la naturaleza propia del contrato.»²⁷

La naturaleza misma del contrato administrativo se aleja del equilibrio de las partes y sugiere una condición de superioridad a favor de la Administración, situación que no necesita ser estipulada en el contrato para ser legal y exigible por parte de las Entidades Contratantes.

1.5. Breve Comparación entre Contrato Civil y Contrato Administrativo

«El contrato civil es el resultado de un proceso volitivo, en el cual la motivación de las manifestaciones de voluntad, desde el punto de vista jurídico, es esencialmente irrelevante. La decisión entonces es por completo subjetiva. En cambio, un contrato administrativo se sustenta en un procedimiento cognitivo –el denominado proceso de selección– en el cual las razones por las cuales se decide contratar (...) se basan en criterios objetivos, los mismos que son susceptibles de control, sea administrativo, sea jurisdiccional o, a través de un eventual proceso contencioso administrativo. Una causa fundamental de la trascendencia del contrato administrativo proviene, precisamente, de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario, sino como un coadyuvante en la satisfacción de necesidades públicas por parte de la Administración Pública.»²⁸

²⁵Jorge Fernández Ruíz Op. Cit. p. 157.

²⁶ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit. p. 21.

²⁷ Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinoza, Op. Cit. pp. 327-328.

²⁸ Sin autor, Internet: <http://abogadosconsultoresebruno.blogspot.com/2010/06/el-contrato-administrativo-y.html>, Acceso: 19/10/12

Las partes contractuales de un contrato civil tendrán como sujetos a personas naturales o jurídicas que se encuentren en la esfera privada. Uno de los comparecientes de un contrato administrativo debe ser necesariamente un sujeto de derecho público en ejercicio de una potestad pública.

El objeto de un contrato civil es la necesidad de la contraprestación de determinada cosa que las partes contratantes acuerdan, a diferencia del contrato administrativo cuyo objeto tiene como finalidad la satisfacción de una necesidad pública o de sus administrados.

La igualdad de las partes es un elemento indispensable en los contratos civiles. No así en los contratos administrativos los cuales tienen al Estado en una posición de superioridad frente a su contratista, esto se debe a que el Estado persigue fines públicos que son la razón por la cual contrata, a diferencia del particular que su finalidad dentro de la relación contractual es el lucrar.

El contrato administrativo tiene la peculiaridad de conferir potestades exorbitantes al Estado como parte contratante, al permitir por Ley incluir expresamente cláusulas que ponen de relieve la desigualdad entre las partes, como por ejemplo el poder terminar el contrato de forma unilateral; situación que no cabe en los contratos civiles ya que su contenido debe suponer una misma carga de obligaciones como de derechos para ambas partes.

1.6. Potestades Exorbitantes de la Administración Pública en los Contratos Administrativos

1.6.1. Interés Público, Poder Público y Servicio Público

1.6.1.1. Interés Público

Como consideraciones preliminares que sustenten la necesidad de la Administración de contratar con los privados en los términos y condiciones que solo ésta puede hacerlo, debe existir un móvil que impulse a planificar las necesidades primero de los ciudadanos y del Estado, posteriormente las necesidades institucionales, obedeciendo a una planeación institucional que conste en el Plan Anual de Contrataciones (PAC).

En determinados asuntos el sector privado suele mantenerse al margen de ciertas necesidades puesto que le resulta atractivo económicamente el brindar servicios puntuales que puedan, eventualmente, representar un riesgo para la inversión privada, realidad que deja sin atención a varios sectores en los que el Estado debe intervenir para poder ser atendidos, debido que para el mercado no es beneficioso emprender en esto. Un ejemplo de estas situaciones es

«la necesidad de seguridad nacional, sea porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla. Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la Administración; es la esfera del interés público (...) El motor de la acción administrativa es esencialmente desinteresada: es la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica, del bien común.

«El interés general no es, pues, el interés de la Comunidad, considerada como una entidad distinta de aquellas que la componen o superior a ellos; es, simplemente, un conjunto de necesidades humanas –aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales. La delimitación de lo que compete al interés general varía con las épocas, las estructuras sociales, los elementos psicológicos y las técnicas; pero si el contenido varía, la finalidad permanece igual: la acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general.»²⁹

1.6.1.2. Poder Público

El origen del poder público sujeto al ordenamiento jurídico se da con el surgimiento del Estado de Derecho, el cambio del absolutismo a un sistema que se legitima a través de la participación de sus ciudadanos quienes han aceptado ceder parte de su poder (contrato social) a este nuevo ente que los gobernará para beneficio de ellos, legitimado por el voto a candidatos quienes ocuparán la administración de los nuevos poderes de los cuales el recién nacido Estado ha sido investido.

²⁹ Juan Pablo Aguilar, *Material de Clase Derecho Administrativo*, PUCE, 2008.

Guillermo Cabanellas define al poder público como la «facultad consubstancial con el Estado y que le permite dictar normas obligatorias que regulan la convivencia social de las personas que por vínculos personales o situación territorial se encuentran dentro de la jurisdicción legislativa o reglamentaria».³⁰

Ahora, se le puede dar un alcance más preciso al término *poder público* individualizando sus partes. Según la Real Academia de la Lengua (RAE): Poder: «1. m. Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo.»³¹ Público: «3. adj. Se dice de la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado»³². La unión de ambos términos es igual a “Poder Público”, que es la capacidad o facultad de ejecutar el poder estatal.

Habiendo definido al Poder Público como figura indispensable para tener facultades suficientes y legítimas para gobernar, lo siguiente es juntar esta figura con la necesidad de la Administración de contratar con entidades del sector privado relacionándolo con su posición especial dentro del contrato, como lo diferencia el autor Jean Riveró:

«Las relaciones de los particulares están fundamentadas sobre la igualdad jurídica; ninguna voluntad privada es, por esencia, superior a otra, de tal manera que ella pueda imponérsele contra su voluntad; es por ello que el acto que caracteriza las relaciones privadas es el contrato, es decir, el acuerdo de voluntades. La Administración, en cambio, debe satisfacer el interés general. Ella no lo podría hacer, si estuviera, con los particulares, en pie de igualdad: las voluntades de éstos, basadas en móviles puramente personales, harían fracasar su acción cada vez que la administración los pusiera en presencia de las dificultades y sacrificio que exige el interés general. La Administración entonces, ha recibido el poder de vencer esas resistencias; sus decisiones obligan sin que tenga que obtener el consentimiento de los interesados, y ella puede, a pesar de su oposición lograr su ejecución. Bajo el nombre, bastante mal escogido, pero tradicional, de Poder Público, se debe entender este conjunto de prerrogativas acordadas a la

³⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 17va. Edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005, pág.300

³¹ Diccionario de la Lengua Española, Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=poder>, Acceso: 27/10/13

³² Diccionario de la Lengua Española, Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=publico>, Acceso: 27/10/13

Administración para permitirle hacer prevalecer el interés general, cuando se halle en conflicto con los intereses particulares.

«El recurso a estos procedimientos autoritarios no es siempre necesario; cuando, en la búsqueda del interés general, la voluntad de la administración concuerda con la de los particulares, ella puede utilizar la técnica del contrato. Pero la decisión unilateral permanece como el procedimiento más característico de la acción administrativa, y el más frecuente.»³³

1.6.1.3. Servicio Público

El interés público y el poder público por sí solos son concepciones que permiten al Estado como Administración, entregarle responsabilidades que deberá cumplir en beneficio de la colectividad, siendo la Administración beneficiaria de poderes o atribuciones las cuales le permiten dirigir el aparato administrativo a través del llamado servicio público.

«En sentido estricto, en la aplicación del concepto (Servicio Público) a la Administración Pública, esta es considerada como la gestora, organizadora, ejecutora y responsable del funcionamiento de los servicios públicos a través de las personas e instrumentos puestos a su disposición, de donde se concluye que el derecho administrativo debía ser necesariamente el régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestataria de los servicios públicos.»³⁴

Al Servicio Público, de manera general, lo define el autor Jaime Santofimio como: «toda actividad de los sujetos u órganos públicos o privados tendientes a la realización de las necesidades de interés general.»³⁵ De la misma forma, en su obra Santofimio cita a varios autores que definen al Servicio Público: Hariou: «El servicio público es la obra que debe realizar la administración pública; el poder público es el medio para realizarlo» (...), Rolland: «El servicio público es la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a las necesidades colectivas del público» (...), Laubadere: «Toda

³³ Jean Rivero, La Administración, Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 9-14, citado por Juan Pablo Aguilar, Material de Clase Derecho Administrativo, PUCE, 2008

³⁴ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo: Introducción a los conceptos de administración pública y el derecho administrativo, Tomo I, Colombia, 1996, pp. 67-68.

³⁵ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Op. Cit., p. 68.

actividad de una persona u organismo público, tendiente a satisfacer una necesidad de interés general». ³⁶

El criterio de la aproximación al interés general en la acción es complementado por el de las costumbres y por la edificación de una regla general, la asunción directa, según la cual se consideraba servicio público toda actividad asumida por un órgano público. En el fallo del Consejo de Estado francés del 31 de julio de 1912, conocido como *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, se indicó en esta providencia que «el derecho positivo ha admitido la gestión privada con ocasión de los servicios públicos». ³⁷

« (...) la Administración constituye una ordenación de medios para impulsar los objetivos del Estado y concretizarlos en realizaciones finales; y, el derecho administrativo, el sistema de principios jurídicos que orientan precisamente la acción del Estado a la meta propuesta (...) La administración no se agota en simples intervenciones, debe procurar acciones mucho más directas y decisivas en la solución de las deficiencias sociales y en el restablecimiento de los espacios vitales rotos por la complejidad del mundo moderno (...) El individuo necesita para su vida diaria de los servicios de la administración (...), necesita de su "asistencia vital"». ³⁸

«Con el paso del tiempo desde los fallos del Consejo de Estado hasta la actualidad la naturaleza jurídica del servicio público ha sido discutida al punto de tener la posibilidad de ser pública o privada, situación que deberá determinarlo el Legislador y a partir de su contenido se definirá si tendrá un régimen jurídico especial, como lo es el administrativo, o será bajo la tutela del derecho privado. Situaciones jurídicas que no modifican el fin último del servicio público que es la satisfacción de las necesidades de la colectividad.» ³⁹

Por tanto, el Servicio Público es toda actuación estatal tendiente a satisfacer los intereses públicos, atribución que las instituciones del Estado deberán cumplir en atención a las competencias entregadas. Estos tres puntos (interés público, poder público y servicio público) son importantes definir puesto que estas figuras hacen que la contratación pública pueda tener

³⁶ Rolland Horiu, y Laubadere citados por Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Op. Cit., p. 68.

³⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Op. Cit., pp. 77-78.

³⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Op. Cit., pp. 87-89.

³⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Op. Cit., p. 79.

una estructura administrativa que permite a las entidades públicas satisfacer las necesidades ciudadanas teniendo competencia para poder ejecutarlas a través de procesos públicos de contratación que estarán a cargo de quienes conforman parte del servicio público.

1.6.2. Alcance y Definición de las Potestades Exorbitantes de la Administración

De manera general el Estado ha sido investido de *Imperium* para administrar todas las esferas que supongan su control monopólico a beneficio de los ciudadanos, tal es así que le han sido otorgados «poderes extraordinarios que no detentan otros sujetos que integran el ordenamiento»⁴⁰.

Dromi por su parte llama potestades administrativas a «esos atributos inherentes a la supremacía estatal e indispensables para que la Administración cumpla sus funciones de interés general (...) que no son sino aspectos del poder, de una capacidad superior de carácter formal y relacional del Estado»⁴¹. Son potestades que suponen que la Administración Pública tiene poder para imponer condiciones y lineamientos, debidamente normados (principio de legalidad), que suponen una gestión administrativa eficaz.

Al respecto, el jurista chileno Juan Carlos Ferrada Bórquez define a la potestad administrativa del Estado como: *un poder jurídico reconocido en el ordenamiento jurídico a los órganos de la administración del Estado; como señala De la Cuétara, se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionarizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles. En este sentido, la potestad administrativa es un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la administración del estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo*⁴².

⁴⁰ Juan Carlos Ferrada Bórquez, *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*, Internet. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>, Acceso: 21/08/2012.

⁴¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Op. Cit. p. 188.

⁴² Juan Carlos Ferrada Bórquez, *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*, Internet. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>, Acceso: 21/08/2012.

Así,

«esta potestad administrativa está entregada a los órganos de la administración del Estado para satisfacer los intereses públicos puestos bajo su órbita competencial, lo que justifica, precisamente, la exorbitancia de su contenido y su fuerza coactiva con los ciudadanos (...) Las potestades administrativas son de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque todas ellas están encaminadas a satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico. Dentro de ellas se pueden destacar las potestades reglamentaria, de ejecución, de revisión de sus actos y sancionatoria (...)»⁴³

El Estado para cumplir con su deber de servir al interés público no se basta en sí mismo por lo que requiere acudir al sector privado del cual demandará constantemente la adquisición de bienes, servicios, consultorías y obras. Estas necesidades suponen que el Estado, a través de sus órganos e instituciones, contrate con particulares de la forma en que el ordenamiento jurídico le permite.

El Contrato administrativo es el instrumento jurídico a través del cual se celebran estos acuerdos entre el Estado y los particulares; dicho contrato tendrá ciertos elementos que lo apartarán de la naturaleza civilista para darle elementos que únicamente la Administración puede ponerlos y aún así tener validez el contrato. Este es el caso del contrato administrativo el cual «aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general.»⁴⁴

Dromi aclara que la autonomía de la voluntad de las partes queda subordinada al contrato administrativo, así como la superioridad jurídica de la Administración respecto al contratista, el procedimiento de elección de contratista, su aprobación legislativa o administrativa y el objeto del contrato que deberá ser en beneficio del interés público. La inalterabilidad del contrato pasa a ser sujeto a modificación a través de la figura del *ius variandi*.

⁴³ Juan Carlos Ferrada Bórquez, *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*, Internet. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>, Acceso: 21/08/2012.

⁴⁴ Rodríguez-Arana Jaime, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

En el contrato administrativo puede verse incorporada la potestad exorbitante de la Administración a través de cláusula expresa o si alguna potestad es tácitamente incorporada al contrato administrativo a través de norma expresa. Todo esto se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

«Adaptar el contrato a las necesidades públicas (modificación unilateral, mutabilidad del contrato); Ejecutar el contrato por sí o por un tercero (ejecución con sustitución del contratista); y, Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento (rescisión contractual). Ante la inserción de esta clase de cláusulas llamadas exorbitantes, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control excepcional que le permite actuar, con el fin último de precautelar los intereses de la colectividad justificando dichos privilegios.»⁴⁵

Sobre la modificación del contrato administrativo, esta posibilidad es una prerrogativa que tiene la Administración para precautelar los intereses públicos frente a eventuales situaciones que puedan provocar un posible detrimento hacia la Administración, sea por condiciones económicas, jurídicas o técnicas, por lo que podrá cambiar ciertas condiciones contractuales. Sobre el ejecutar un contrato por sí o a través de un tercero, ciertas instituciones estatales, como lo son las empresas públicas en el Ecuador, tienen competencia y su existencia está orientada no solo a contratar a terceros sino bajo el giro específico que desarrolle estar capacitado para dar como empresa servicios a terceros públicos o privados. Sobre la sustitución del contratista frente a un incumplimiento que sea motivo de terminación unilateral del contrato, es una prerrogativa de la entidad contratante hacerlo y buscar a otro contratista para ser finalizado el objeto del contrato.

Todas estas potestades exorbitantes permiten al Estado mantener relaciones jurídicas con sus contratistas en las cuales la cautela de los intereses públicos sea el fin último de cada contratación. La legislación especial en materia de contratación pública y en general que trate los asuntos de derecho administrativo del Estado deberá contemplar todos los elementos mencionados para que los contratistas tengan seguridad jurídica al momento de contratar con el

⁴⁵ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Op. Cit. pp. 368 y 369

Estado, conociendo las condiciones variables que puede tener el ser contratista del Estado pero también las oportunidades que esta otorga.

1.6.3. Potestades de la Administración en Materia de Contratación Pública

Los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (*potestas variandi*), la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos.⁴⁶

En materia de contratación pública, se reconoce a la Administración, de manera general, potestades exorbitantes; estas son el *ius variandi*, la interpretación unilateral y la terminación unilateral, que serán desarrolladas a continuación.

1.6.3.1. Ius Variandi

El interés público será siempre lo que prevalezca cuando la Administración suscriba contratos con particulares, es por esto que una de las prerrogativas contenidas en los contratos administrativos es la facultad de modificar unilateralmente el contrato. «El término *potestas variandi* o *ius variandi* se refiere al poder unilateral de modificación que posee la Administración en virtud de la atribución realizada por el Ordenamiento (...) Como señala Mestre Delgado, este privilegio de la Administración se circunscribe al poder que la Administración tiene de modificar, amparado en razones de interés público, el objeto o las condiciones del contrato.»⁴⁷

Sobre el *ius variandi*, Catalina Escuin afirma que no debe suponer un perjuicio para el contratista: «Ahora bien, su ejercicio no supone necesariamente un perjuicio para el contratista ya que la Administración está obligada a compensar adecuadamente las

⁴⁶ Jaime Rodríguez-Arana, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

⁴⁷ Jaime Rodríguez-Arana, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

variaciones que por su voluntad se introduzcan en los contratos.»⁴⁸ En este sentido, Vedel afirma que las condiciones contractuales pueden modificarse pero el equilibrio económico en el contrato debe mantenerse o ser compensando en caso de perjuicio a la contratista:

«La modificación unilateral del contrato por la Administración no puede referirse a las cláusulas financieras del contrato (...) Por otra parte, la obligación que tiene la Administración de restablecer el equilibrio financiero si este se rompe por una modificación unilateral del contrato en detrimento del co-contratante haría desaparecer, en muchos casos, todo interés a la modificación de las cláusulas financieras (...) La modificación no puede referirse a la sustancia misma del contrato».⁴⁹

«De lo que se trata cuando se invoca un "hecho del príncipe" modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supra ordenado al que es propio de la actividad contractual (...)».⁵⁰

El *ius variandi* constituye, como dice el Tribunal Supremo español en una sentencia de 30 de marzo de 1978 «un acto de poder público, como ejercicio de un derecho que le pertenece en cuanto Administración» y en cuya virtud, dice también el Supremo en sentencia de 13 de abril de 1981, «se han superado los principios propios de la contratación civil (*lex inter partes y pacta sunt servanda*) en aras de los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración-poder y contratista-colaborador, equilibrio financiero y honesta equivalencia de prestaciones»⁵¹

Si bien esta potestad estatal resulta de su *imperium* frente al contratista, la compensación por el ejercicio de la *potestas variandi* debe ocurrir a favor del contratista, al respecto Cassagne indica que: «Las modificaciones que directamente, en forma unilateral

⁴⁸ Carolina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo*, 3a Edición, Valencia, 2005, pág. 704.

⁴⁹ Georges Vedel, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6a edición por Juan Rincón Jurado, Editorial Aguilar, Madrid, 2009, p. 207

⁵⁰ Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández Tomás, *Curso de Derecho Administrativo I*, 15va Edición, CIVITAS EDICIONES, S.L., Madrid, 2011, p. 699.

⁵¹ Rodríguez-Arana Jaime, Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

siempre que la potestad surja, en forma expresa, del ordenamiento administrativo o previo pacto con el contratista, puede introducir la Administración en el contrato, generan el consecuente derecho de aquél a ser compensado de todas las consecuencias económicas que generen tales modificaciones.»⁵²

La existencia de esta institución del Derecho Administrativo se resume en otorgar al Estado la facultad de modificar condiciones contractuales que eventualmente se determinen que puedan afectar los intereses públicos, ya que el fin último de las Instituciones contratantes no es el suscribir un contrato para beneficio institucional, únicamente, sino de manera general que contribuya a los fines para los cuales el poder estatal la creó y la dotó de capacidad para ocuparse de determinadas competencias que contribuyan a los más altos objetivos y razón de existir del Estado. Esto no significa que puedan ser arbitrarios los motivos de su modificación ni que se pueda alterar cualquier elemento del contrato. Siempre se pretenderá mantener el objeto contractual y las condiciones financieras sin modificar o ser compensadas en caso de ser necesaria su modificación por causas de interés público.

1.6.3.2. Interpretación Unilateral

Esta clase de potestades exorbitantes mantienen a la Administración en una posición de superioridad frente al contratista. Su aplicación supone el intento de convenir previamente con la contratista sobre un determinado punto de derecho algún aspecto financiero o técnico que en el texto del contrato ha quedado su aplicación obscura para poder ejecutarse inequívocamente o las condiciones en el tiempo cambiaron y deben ser replanteadas.

«La facultad de interpretación unilateral en materia de contratos administrativos encuentra igualmente justificación en la naturaleza *longi temporis* (...) así como el principio de continuidad de la prestación del servicio, pues debe en todo momento quedar garantizada la ejecución del contrato (...) En efecto, la facultad de interpretación en estas contrataciones destinadas a regir largos períodos de tiempo constituye mecanismo de fácil

⁵² Juan Carlos Cassagne, Op. Cit. p. 134.

adaptación a los cambios de la realidad económica y social cuya satisfacción se persigue.
»⁵³

Rodríguez de Arana hace énfasis en este privilegio por la razón de ser de los contratos administrativos:

«el interés público interviene como criterio autónomo de interpretación porque, como es lógico, si la razón de ser de los contratos públicos se encuentra en satisfacción del interés público el principal criterio de interpretación será precisamente el del “interés público” y, para que ello sea así, es por lo que el Ordenamiento concede dicho privilegio unilateral.»⁵⁴

Cassagne justifica la relevancia de este acto de la Administración «en la circunstancia de que el interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación.»⁵⁵

Es importante la aplicación de esta potestad sobre todo en contratos cuyos plazos son extensos y las condiciones jurídicas o económicas se modifiquen en el tiempo y resulte beneficioso para la Administración el cambio de condiciones inclusive juntándose con el *ius variandi*; o, que el texto contractual no tenga el alcance o la claridad suficiente para continuar ejecutando una etapa del contrato sin ponerse de acuerdo con la contratista o, por diferencias, ser la Contratante quien determine que deberá entender la contratista a partir de ese momento.

1.6.3.3. Resolución Unilateral

La potestad estatal de dar por terminado el contrato de manera anticipada es una condición propia de los contratos administrativos. La finalidad del contrato será de interés público y es razón suficiente para que la Administración ostente dicho poder sobre el contratista. Deberá existir causa suficiente para que la Contratante pueda motivadamente dar por terminado

⁵³ Sin autor, Internet: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_86/05Las%20prerrogativas%20de%20la%20administraci%C3%B3n.htm, Acceso: 15/11/13.

⁵⁴ Jaime Rodríguez-Arana, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

⁵⁵ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit. p. 44.

el contrato, toda vez que las condiciones contractuales no hayan sido satisfechas, existan incumplimientos o exceso de multas o que por intereses institucionales en contratos de sucesivo lleguen a perjudicar la continuidad de la ejecución a la Entidad.

Sobre la extinción de los contratos, Carolina Escuin afirma que: «Los contratos administrativos se extinguen por cumplimiento o por resolución anticipada. El contrato se entiende cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto y cuando la Administración haya hecho efectivo el pago del precio.»⁵⁶ Es decir, cuando la entidad recibe un bien, obra o servicio a entera satisfacción la resolución unilateral no cabría por no existir causa que promueva dicha acción. Por el contrario, la resolución anticipada busca devolver a la Contratante la posibilidad de culminar su necesidad sin que exista perjuicio para la Entidad, es por esto que la terminación unilateral trae consigo la ejecución de garantías entregadas por la contratista para afianzar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como el derecho de ser indemnizado por daños y perjuicios que la falta de acción en el cumplimiento de la contratista haya provocado.

La terminación por mutuo acuerdo es otra causa que extingue el contrato:

«El contrato administrativo tiene la posibilidad de ser terminado por el acuerdo de las partes o por la voluntad unilateral de la Administración Pública. Esta potestad atiende a la necesidad que el contrato sea cumplido a cabalidad y que el Estado entabla relaciones contractuales para beneficio de sus administrados, en consecuencia las repercusiones de un eventual incumplimiento del contrato trasciende el contrato y se vuelve un problema de interés público, por lo que se justifica esta prerrogativa que busca terminar el contrato e iniciar un nuevo proceso para que un nuevo contratista termine el objeto del contrato precautelando el interés ciudadano.

«El interés público también puede aconsejar en determinados casos que la propia Administración decida unilateralmente la resolución del contrato. Sobre todo, se producirá en aquellos casos en que se constate la existencia de un incumplimiento

⁵⁶ Carolina Escuin Palop, Op. Cit. p. 709.

grave por parte del contratista (caducidad) o cuando las razones de interés público determinen la extinción de la relación contractual. En realidad, esta prerrogativa constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos.»⁵⁷

Las condiciones para resolver un contrato no necesariamente pueden obedecer a un orden de incumplimiento o negligencia de la contratista sino por circunstancias que sean contraproducentes para la normal ejecución del contrato o interés de la institución. La contratista puede verse en situaciones que puedan llegar a limitar su capacidad de cumplir obligaciones por verse atado a circunstancias de orden financiero o legal. En este sentido

«la Administración está obligada a resolver los contratos suscritos con contratistas que han sido declarados en quiebra, en concurso de acreedores, insolventes o declarados fallidos en cualquier procedimiento. En los restantes casos, la iniciativa del procedimiento de resolución del contrato se podrá instar por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que da lugar a la resolución.»⁵⁸

Como conclusión, las potestades exorbitantes de la administración en la contratación estatal aseguran el interés público. Su objetivo es no permitir que la Administración se vea afectada por eventuales incumplimientos o trabas en la ejecución del contrato que no permitan alcanzar los objetivos y finalidades del contrato por causa de la contratista. La resolución del contrato o la modificación de condiciones no deben entenderse como una potestad arbitraria que obraría en contra de la contratista, sino que una decisión de este tipo debe tener un fundamento o motivación técnica, jurídica o financiera que respalde la acción que vaya a tomar la Administración para el cumplimiento de sus objetivos.

1.7. Bloque de Constitucionalidad

1.7.1. Origen del Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de constitucionalidad es una institución jurídica constitucional originada en la Francia de la V República. Esta institución fue doctrinariamente desarrollada por el profesor

⁵⁷ Jaime Rodríguez-Arana, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

⁵⁸ Carolina Escuin Palop, Op. Cit. p. 709.

francés Luis Favoreau a raíz de la decisión del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971, en la cual incorpora a la Constitución Nacional normas que no tenían carácter constitucional pero que empiezan a formar parte de él, como lo son la Declaración de derechos del hombre de 1879, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y determinadas leyes que fueron expedidas al amparo de la Constitución de 1958.

El objetivo de esta decisión fue otorgar un rango jerárquico constitucional a las normas que el Consejo Constitucional francés consideró que trataban derechos fundamentales pero por su jerarquía normativa no fueron aplicadas frente a la Constitución vigente. En España este esfuerzo se replica por el órgano constitucional máximo del país a través de jurisprudencia que otorga a normas de inferior jerarquía una aplicación con carácter constitucional referidos al tema de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Austria, Alemania e Italia continúan con esta corriente y la llevan a un siguiente nivel adoptando dentro de este bloque normas no solo nacionales sino de carácter supranacional como convenios de derechos humanos, tratados limítrofes y de integración regional.

El Bloque de constitucionalidad permite que toda norma capaz de proteger derechos constitucionales que se encuentren en cualquier cuerpo normativo, sobre un caso específico sea adoptado con un mayor rango jerárquico. Es importante para este trabajo este nuevo enfoque del derecho que impone la primacía de la defensa de los derechos por sobre la rigidez jurídica anteriormente aplicada. La posibilidad de ser exigidos derechos que constan en instrumentos internacionales como el derecho a un debido proceso judicial y posibilidad de impugnar las decisiones judiciales, se podría interpretar por el órgano máximo constitucional como una exigencia también para los procesos administrativos y la exigencia de mecanismos efectivos de reclamo administrativo.

1.7.2. El Bloque de Constitucionalidad en Sudamérica

En la década de los noventa, el concepto de bloque de constitucionalidad fue adoptado por Colombia en primera instancia, país que acoge la doctrina y jurisprudencia utilizada en Europa para aplicar en su mundo jurídico. Pasaron a formar parte de esta institución el

Preámbulo de su Constitución, Tratados Internacionales, doctrinas de ciertos tribunales especializados del país.

De la misma manera, Panamá y Costa Rica adoptaron esta institución y posteriormente se expandió por algunos países de Latinoamérica en la primera década del nuevo siglo como Argentina, Venezuela, Chile y, con la Constitución de Montecristi, Ecuador lo adoptó de manera tácita a través de sus disposiciones constitucionales que determinan la instauración del Bloque de Constitucionalidad en los artículos 11 numeral tercero, 417, segundo inciso, 424, 426 y 436 numeral quinto. Aquí se configura la interacción que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, donde los segundos se encuentran al mismo nivel de la norma constitucional, su aplicabilidad directa e inmediata y la aplicación de la norma que reconozca y proteja de mejor forma un derecho fundamental sea esta nacional o supranacional.

1.7.3. Alcance al Concepto de Bloque de Constitucionalidad

Diversos autores concuerdan (sobre el concepto doctrinal acerca del Bloque de constitucionalidad), que este es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental. Las prácticas jurídicas del Bloque de constitucionalidad han sido objeto de debate histórico en todo el mundo, por el abuso de algunos jueces en su aplicación.

Su función esencial es la de valer como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el país (...)⁵⁹

Con la concepción del Bloque de constitucionalidad muchos paradigmas quedan atrás de la clásica teoría constitucionalista en la que el principio y fin del derecho constitucional de un Estado dependía del contenido de su Carta Magna, es decir, la naturaleza jurídica del contenido del texto no tenía valor en sí, o jerarquía constitucional, si no se encontraba contenida en él. Tal

⁵⁹Fredy Pautt B, *Bloque de Constitucionalidad*, Internet.<http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/10/el-bloque-de-constitucionalidad.html>, Acceso, 11/11/2012.

es así, que en Francia el Preámbulo de su Constitución de 1946 no tenía trascendencia constitucional, ni siquiera lo aplicaban. Otro ejemplo claro de esta situación son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la mayoría de Estados han adoptado en sus legislaciones y han aceptado reconocer la máxima jerarquía dentro de su normativa vigente, inclusive en casos puntuales superando la cúspide constitucional si su contenido garantiza de mejor manera la efectiva vigencia de un derecho determinado.

Desde una visión más de fondo, en cuanto a cómo estructurar el sistema constitucional moderno formado a partir de valores, principios y la norma, García de Enterría en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, razona:

«El distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo complejo o interdisciplinario en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación de sus contenidos y, por tanto, de todo el sistema jurídico que necesariamente debe guardarle sujeción, desde la lógica de reconocer el principio de supremacía y su función de unidad y validez. Dicha función debe ser entendida nuevamente en un sentido formal y material».⁶⁰

A la Constitución se la debe concebir como un cuerpo de valores y principios que no acaba en su texto sino que es un texto complejo e interdisciplinario al que se le debe reconocer supremacía pero no considerar en un sentido rígido su unidad y validez. Si bien la Constitución nace de la voluntad de los ciudadanos, no pueden verse transgredidos otros cuerpos normativos que contienen derechos fundamentales de sus titulares que se entenderían son elementos superiores y anteriores al propio Estado que los reconoce.

El Estado, —esta ficción jurídica creada para mantener a la sociedad bajo un status quo que justifique esa cesión de derechos que los ciudadanos fuimos cedentes en pro del bienestar común y de la vida en sociedad—, debe estar al servicio de los ciudadanos, más aún al momento de no solo generar instrumentos jurídicos que enuncien la protección de derechos sino que los proteja efectivamente, que no existan límites jurisdiccionales para ser sujeto de esta protección

⁶⁰ Danilo Alberto Caicedo Tapia, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la constitución*, *Derecho Constitucional Andino*, FORO Revista de Derecho, No. 12, Quito, 2009, p. 10

ya que la persona es titular de estos derechos antes de ser ciudadano o nacional de cualquier Estado. El principio *pro homine* claramente está dirigido a que cualquier norma que prescriba derechos fundamentales y que estos sean más favorables a la efectiva vigencia del derecho, deberán ser aplicados por los Estados reconociendo no solo una norma internacional sino un conjunto normativo de protección de derechos fundamentales de carácter dualista que alberga tanto la normativa nacional como internacional en pro de los derechos fundamentales.

Dicho esto, el bloque de constitucionalidad por su complejidad y descentralizada fuente normativa carece de una definición estandarizada, puesto que su reconocimiento y límites dependerán de la norma constitucional que reconozca su existencia y la remisión a normas que ostenten la jerarquía constitucional fuera del texto constitucional de un Estado. Conceptualizar al Bloque de constitucionalidad parece más acertado, «una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.»⁶¹

Bidart Campos se refiere expresamente a esta institución, conceptualizando que: «El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales».⁶²

Determinados fallos de la Corte Constitucional colombiana en la década de los noventa (Sentencias C-255/95, C-578/95, entre otras) desarrollaron el concepto del bloque de constitucionalidad que lo define de la siguiente manera: «El Bloque de Constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por

⁶¹ Rodrigo Uprimny, *Bloque De Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, Internet. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, Acceso: 30/11/12

⁶² Bidart Campos citado por Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional*, FORO Revista de Derecho, No. 6, Quito, 2006, p. 237

cuanto ha sido normativamente integrado a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución... Esto es normas situadas al mismo nivel de la Constitución.»⁶³

La importancia que reviste el Bloque de constitucionalidad supera el solo hecho de aplicar normas constitucionales, regirse al derecho como norma escrita en un cuerpo constitucional o normas legales que desarrollen preceptos constitucionales. Este bloque pretende aplicar los fundamentos de estas normas, los principios y valores que son fuente de la norma constitucional y encuentran aplicación e importancia en el desarrollo de este bloque. Es interesante los límites que puede tener la aplicación de esta institución jurídica la cual parecería no existir en la normativa nacional pero que los Ex-Tribunales y la Corte Constitucional la tienen presente. Es importante tomar en cuenta a esta institución en el momento de proponer reformas legales que parecerían no tener fundamento legal o reglamentario, superando estas barreras y llevando a un contexto constitucional donde lo que prime sea la efectiva vigencia del derecho más que la norma legal que lo contenga.

1.7.4. La importancia del principio *pro homine* en el uso del Bloque de Constitucionalidad

Ante eventuales desacuerdos que la normativa local de un determinado país pueda disentir con los instrumentos internacionales relacionados con Derechos Humanos, estos tendrán un tratamiento especial que iguala o supera a las normas jerárquicamente superiores de los ordenamientos jurídicos y esto puede ser a la inversa para los casos en los que un ordenamiento local que amplíe y proteja de manera más efectiva un derecho frente a un convenio específico de Derechos Humanos.

«Los convenios de derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, o principio *pro homine* (O'Donnell, 2001, p 63), según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado... En ese contexto, debemos concluir que el bloque de constitucionalidad constitucionaliza todos

⁶³Luis Miguel Hoyos Rojas, El Bloque de Constitucionalidad, Internet.
http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-bloque_constitucionalidad.pdf, Acceso: 14/11/2012

los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y que, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado. Esto nos remite al valor y a la importancia que en este tema toman la doctrina y la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos... la Corte Constitucional (colombiana) ratifica y concretiza que el concepto del Bloque de Constitucionalidad como orden natural anterior a todas las disposiciones constitucionales de hoy, es el elemento esencial que genera el consenso de constitucionalidad que recubre a los Estados Constitucionalizados, al establecer en esta jurisprudencia que su utilización y aplicación es un parámetro que controla la constitucionalidad de las propias leyes formales, esto es normas legisladas propiamente dichas. "... utilizado como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes" determinando la esencia y el peso del Bloque de Constitucionalidad como institución traída y nacida del derecho natural.»⁶⁴

1.7.5. El Bloque de Constitucionalidad en la Constitución 2008 de Ecuador

La aprobación de una nueva Constitución para el Ecuador produjo una serie de cambios e innovaciones al mundo jurídico ecuatoriano. Si bien el Bloque de Constitucionalidad no es una novedad en el derecho constitucional mundial, este se viene desarrollando en Centro y Sudamérica desde la década de los noventa. La nueva Carta Magna ecuatoriana introduce esta institución jurídica de manera tácita en sus Artículos 11 numeral tercero, 417, 424, 426 y 436 numeral quinto. Este conjunto de normas constitucionales tienen como denominador común el hecho de no limitar la protección de derechos a lo establecido en el ordenamiento jurídico del país sino reconocer derechos no proclamados, aplicar directamente tratados internacionales siempre que estos protejan de mejor manera un derecho y no desconocer derechos por falta de

⁶⁴Rodrigo Uprimny, *Bloque De Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, Internet. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, Acceso: 30/11/12.

norma. Este conjunto de premisas que se pueden dilucidar de los artículos de la Constitución antes mencionados son los que darían cabida al reconocimiento del Bloque de constitucionalidad como una institución jurídica de obligatoria aplicación por parte de los jueces y tribunales de nuestra República.

Si bien no existe una norma que defina esta institución, cosa que no es extraña para los países que lo aplican, los elementos conceptuales de este surgen en la medida que la norma constitucional reconoce y no se limita a proteger derechos que están reconocidos en su ordenamiento, da lugar a la posibilidad de aplicar normas internacionales y darles un carácter supranacional para su aplicación puntual y que sea de directa aplicación hacen que sean características inconfundibles de esta institución jurídica constitucional.

CAPÍTULO II - LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN ECUADOR

2.1. Antecedentes de las Garantías

2.1.1. Breve Reseña del Origen de las Garantías en el Derecho Romano

El derecho romano fue desarrollando, a través del tiempo, instituciones que permitieron a sus ciudadanos, así como a los que tenían "otra categoría", establecer relaciones comerciales. La prenda y la hipoteca se pueden encuadrar, dentro de los derechos reales pretorianos, en la categoría de derechos reales de garantía, ya que ejercen presión sobre su dueño para llevarlo al cumplimiento de una prestación debida y vinculan esa cosa con la eventual satisfacción del crédito a través de ella.

Haciendo una síntesis del trabajo de María del Refugio González⁶⁵ sobre el tema se muestra que en un principio el Derecho Romano introdujo la fianza como forma de garantizar un negocio jurídico. Esta institución romana fue evolucionando por necesidad, puesto que la garantía entregada era personal, es decir que la misma persona o un tercero debía asumir directamente la eventual responsabilidad de responder por omisión de las obligaciones de la parte afianzada. Con el paso del tiempo se reemplazó la garantía personal por una real, el traslado de un bien cuya entrega reclamaba retorno al momento de ser cumplida la obligación.

Partiendo de este antecedente que resultó eficaz para los romanos, surge la fiducia *cum creditore* que aseguraba con el patrimonio del obligado su cumplimiento con cargo de restitución del patrimonio a través de un convenio de fidelidad. El traslado de la propiedad hizo a esta garantía real. Las situaciones y condiciones hicieron que surjan mejoras a esta garantía tanto para el deudor como para el acreedor, es así que se introdujeron la *lex commisoria* y la *pactum de vendendo*. La primera hacía que ingrese al patrimonio del acreedor la garantía entregada y de ser el caso directamente cobrarla por la deuda; la segunda, autorizaba al acreedor vender el bien para cubrir la deuda teniendo el deudor el derecho a que se le restituya la diferencia entre la venta de lo entregado en garantía con la deuda pactada.

⁶⁵ María del Refugio González, *Génesis y Evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano*, Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>, Acceso: 29/10/2013, Síntesis de texto de las páginas 145 a la 159.

Por las limitaciones que tenía la fiducia *cum creditore* para ser utilizado en la generalidad de casos en los que se requería la garantía real, los romanos instituyen una nueva forma de garantía real el *pignus*. Esta garantía llamada también prenda constituyó una verdadera garantía puesto que, a diferencia de la fiducia *cum creditore*, lo prendado no era trasladado al patrimonio del acreedor, es decir, no se perdía el dominio sino únicamente la posesión del bien y se concedió al deudor una acción para que le sea devuelta su garantía; y, el pretor aseguraba esta posesión del bien al acreedor de terceros o el propio deudor que sin cumplir su obligación quiera hacerse del bien. La figura de la *antichresis* fue añadida a esta institución generando que si la cosa entregada en garantía producía frutos, estos sean computados para el pago de la deuda.

Por otro lado, los romanos instituyeron la *hypotheca* como forma de garantía inmobiliaria para el arrendamiento de predios rústicos. Este consistía en garantizar el pago de la renta con los esclavos, animales, herramientas de trabajo, muebles, etc. Estos objetos eran llevados al predio para trabajar en la tierra y eran afectados hasta el término del arrendamiento. El pretor concedía al acreedor en caso de no ser pagada la renta un interdicto posesorio por el cual se trasladaban los bienes en garantía del cultivador al acreedor.

La prenda y la hipoteca nacen del derecho romano, de las necesidades de realizar comercio y obtener crédito; su utilidad y vigencia en el tiempo es admirable para un derecho romano que con la evolución de las relaciones humanas pudo engendrar instituciones jurídicas que permitieron asegurar el normal desenvolvimiento del comercio y la vida romana en general. Este breve antecedente es acertado porque el concepto de garantizar un contrato con el Estado no escapa de los fundamentos básicos estudiados en este acápite.

2.1.2. Definición de Garantía

El breve análisis de los orígenes de las garantías, permite concluir que éstas nacen del derecho romano y consecuentemente la institución de la garantía proviene del derecho privado, situación que generará un punto de encuentro entre el derecho de seguros que afianza las relaciones entre particulares versus las particularidades que se deberán considerar al momento de extender una garantía la cual afianzará la relación contractual entre el Estado y un particular.

Surgiendo del acuerdo de las partes un convenio o contrato del cual nacen derechos y obligaciones, estos se ven en un primer momento supeditados a la voluntad inequívoca de las partes de cumplir de buena fe su pacto. En un segundo momento, las partes ante una situación que tal vez pueda escapar de la buena fe, acuerdan un mecanismo por el cual las obligaciones contractuales se vean aseguradas con la entrega de un derecho a favor del acreedor que asegurará el cumplimiento de la obligación y en caso de no llegar a cumplirse, viéndose satisfecho la parte acreedora de este derecho en caso de incumplimiento de la otra parte.

A partir de la idea de aliviar al acreedor del derecho que tiene contra el deudor se vuelve necesaria la aplicación de un medio el cual responda ante un eventual incumplimiento. De esta forma nace la garantía que, de manera general es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda⁶⁶.

Cabanellas define a la garantía como:

«la cosa dada para seguridad de algo o de alguien; compromiso del que un tercero cumplirá una obligación, cual promesa de apoyo, para el caso de modificarse cierta situación creada o convenida o una expectativa razonable (...) las garantías son tan naturales y tan antiguas como la desconfianza humana, ante la reiterada experiencia del incumplimiento de las obligaciones, especialmente en cuanto a puntualidad y totalidad en lo que se refiere a las deudas con dinero. De ahí que, como expediente inicial, se ideara la duplicación de los obligados, agregando al deudor primero y principal otra persona que oficiará de suplente y hasta en el mismo lugar de él, de asumir un compromiso solidario. Por supuesto, cuando la propiedad y el dinero se afirmaron, las garantías se orientaron hacia la mayor firmeza que se dan las cosas, en la escala sucesiva de la fianza, la prenda y la hipoteca.»⁶⁷

⁶⁶ Octavio Pérez Pardo, *Fondos Rotatorios: Una Herramienta para la Lucha contra la Desertificación y la Pobreza en Argentina*, Internet. <http://www.etimos.it/download/compartimos/presentazioni/conosur/Fondos%20rotatorios.pdf>, Acceso. 03/10/12.

⁶⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 153.

La Enciclopedia Jurídica Omeba se refiere a la garantía como la acción y efecto de afianzar lo estipulado; (...) Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; su alcance está señalado (...) por la idea de seguridad.⁶⁸

El hecho de brindar seguridad a una relación contractual, de permitir muchas veces que relaciones jurídicas se lleguen a consolidar, son los ejes transversales de su definición y aplicación. La buena fe se ha perdido y la palabra que consolida contratos se ha convertido en la actualidad en un ritual formalista y absoluto para que las relaciones jurídicas entre particulares o con entidades públicas pueda celebrarse, son la tranquilidad de la contratante frente al contratista del que no se espera más que su servicio incluido posibles incumplimientos.

Las garantías, de manera general, tienen el objeto de brindar seguridad a las relaciones jurídicas que se entablan. Ahora bien, para la Administración en su continua necesidad de contratar bienes, obras y servicios, requiere que los contratos se ejecuten de una manera eficiente para responder a los intereses de los administrados. Estos intereses deben verse asegurados ante eventuales actuaciones que puedan menoscabar la ejecución de lo contratado o poner en riesgo el manejo de fondos públicos por parte del contratista. Es por esto que la normativa de contratación pública del país solicita como requisito indispensable, para la suscripción de contratos, la presentación de las garantías respectivas por parte del contratista.

El concepto que establece el jurista Benjamín Herrera sobre las garantías es que «(...) son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario».⁶⁹ Dicho concepto tiene valor puesto que el Estado siempre debe ser la parte beneficiada del negocio jurídico que entabla con sus contratistas, haya sido ejecutado el objeto del contrato parcial o totalmente, a entera satisfacción o no. Por lo cual, la garantía otorgada en favor del Estado debe tener la capacidad de asegurar que se podrá redimir la falla cometida por el contratista y el Estado sentirse financieramente, dentro del contrato, indemnizado por el daño causado.

⁶⁸ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XIII, Bibliografica Omeba, Buenos Aires, p. 11

⁶⁹ Benjamín Herrera citado por Pérez Antonio José y otros, *Manual de Contratación Pública*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 329

2.2. Importancia de la exigencia de garantías dentro de las contrataciones realizadas por la Administración

La Administración Pública tiene como fin último la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Para esto la Administración no puede bastarse a sí misma para cumplir con este propósito, no obstante este deber lo lleva a complementar su labor permitiendo la participación del sector privado contratándolo para satisfacer estas necesidades. Como se vio en el capítulo introductorio del presente trabajo, las contrataciones que realiza el Estado revisten una especial relación contractual la cual lo pone en una situación de superioridad frente a su contratista. Su justificación se encuentra en el interés superior que presenta el contenido del contrato, cuyo objeto radica en la prestación de un bien, servicio, obra o consultoría que tendrá como beneficiarios a los ciudadanos.

La esfera de derecho público en la que radican los contratos llamados públicos o administrativos, dadas las finalidades y objetivos que conllevan, le otorga a la Administración Pública bajo el principio de legalidad, prerrogativas especiales que se traducirán en cláusulas exorbitantes dentro del contrato que suscriba con el contratista del sector privado. Una de ellas es la exigencia de la Administración de la entrega de garantías que pretenden asegurar la ejecución del contrato en la forma y los plazos establecidos sin que genere en ningún caso un perjuicio para la Administración.

El hecho de garantizar la ejecución de un contrato administrativo implica que la garantía asegurará que los recursos públicos entregados al contratista serán invertidos en el objeto del contrato, caso contrario la Administración estará legal y contractualmente facultada a ejecutar las garantías, sea porque el contratista dio un mal uso a los recursos públicos entregados, no cumplió a entera satisfacción de la Entidad Pública el objeto contractual, etc. Es decir, el trasfondo de exigir garantías implica que la Administración sea indemnizada por los eventuales hechos descritos que puedan o no ser realizados por el contratista con mala fe pero sí fuera de los lineamientos contractuales, situación que no puede ser aceptable para el normal transcurso de los intereses estatales.

La importancia de que las garantías consten en el texto de un contrato administrativo se relaciona también con la responsabilidad administrativa que tiene la Administración Pública ante cualquier acto que realiza y la forma en que lo hace debe ser la que la ley lo estipula, pero dejando de lado el tema legal, los principios por los cuales está regida la vida de la Administración Pública lleva a tener este tipo de mecanismos jurídicos los cuales le permitan asegurar que sus actuaciones serán efectivamente ejecutadas y se lo hará de manera eficaz y eficiente.

2.3. Características de las Garantías en la Contratación Pública en el Ecuador

2.3.1. Antecedente: Garantías en la Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría (actualmente derogadas).

2.3.1.1. Ley de Contratación Pública

Esta Ley fue publicada en el Registro Oficial 501 de 16 de agosto de 1990. En 2001, fue codificada como consta en el Registro Oficial 272 de 22 de febrero de 2001. En su Considerando cabe resaltar que sugiere la necesidad de «... contar con un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la contratación pública en el país...»

Esta Ley establecía expresamente la obligación de los oferentes ante una eventual adjudicación de presentar las respectivas garantías las cuales le daban derecho a suscribir el contrato y poder, de ser el caso, recibir anticipos.

«Art. 66.- OBLIGACIÓN DE PRESENTAR GARANTÍAS.- Para presentar ofertas, suscribir un contrato, recibir anticipos, el oferente o contratista deberá rendir garantías, de conformidad con las disposiciones de esta ley.

«No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley en los contratos que celebran el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública. Sin

embargo, el o los funcionarios que tengan a su cargo la ejecución del contrato responderán, administrativa y civilmente, por su cabal y oportuno cumplimiento.

«En los contratos de cuantía inferior a mil salarios mínimos vitales generales se estará a lo previsto en el "Reglamento para el Registro de Contratos y su cumplimiento, Registro de Garantías y Régimen de Excepción", o normas que lo sustituyan. »

2.3.1.2. Garantías Requeridas en la Ley de Contratación Pública

En cuanto a las garantías que establecía esta Ley, eran las siguientes:

- **Garantía de Seriedad de Oferta:** Esta garantía se la presentaba de manera obligatoria para asegurar a la Institución la formalidad y responsabilidad con la que los oferentes presentaban sus ofertas. Esta oferta se calculaba en base al 2% del presupuesto referencial establecido por la Institución contratante. Esta garantía se encuentra establecida en los artículos 21 literal f) y 67 de la Ley de Contratación Pública (Codificada); aplicado para los procesos de licitación, concurso público de ofertas, concurso público de precios y concurso privado de precios.

«**Art. 21.-** Las propuestas se presentarán en un sobre cerrado con las debidas seguridades, de modo que no pueda conocerse su contenido antes de la apertura oficial, se redactarán en castellano de acuerdo con los modelos elaborados por la entidad, a los que podrán agregarse catálogos en otros idiomas y se recibirán hasta las 15h00 del día indicado en la convocatoria.

Las propuestas se entregarán directamente al Secretario del Comité, quien conferirá el correspondiente recibo anotando la fecha y hora de recepción.

Al acto de apertura del sobre podrán asistir los proponentes. Un miembro del Comité y el Secretario rubricarán todos y cada uno de los documentos presentados.

El sobre contendrá:

- a) La carta de presentación y compromiso, según el modelo preparado por la entidad;

b) El Certificado de la Contraloría General del Estado, sobre el cumplimiento de contratos;

c) Los documentos que acrediten el estado de situación financiera y la capacidad del oferente para ejecutar el contrato y la disponibilidad de los equipos, todo conforme lo previsto en los documentos precontractuales;

d) La propuesta según el formulario que conste en los documentos precontractuales;

e) El cronograma valorado de trabajo y el análisis de los precios unitarios de cada uno de los rubros, en caso de ejecución de obra o prestación de servicio; o si se trata de adquisición de bienes, el plazo de entrega de éstos;

f) El original de la garantía de seriedad de la propuesta para asegurar la celebración del contrato, por el 2% del presupuesto referencial establecido por la Institución, en una de las formas determinadas por esta Ley; y,

g) Los demás documentos que se exijan para cada caso.

Los documentos deberán presentarse foliados y rubricados por el proponente, en originales y copias certificadas por autoridad competente.»

«**Art. 67.- GARANTÍAS DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA.-** Para asegurar la celebración del contrato, el proponente presentará garantías de seriedad de la propuesta, en las condiciones y montos señalados en esta Ley.»

- **Garantía de Fiel Cumplimiento:** Su necesaria presentación implicaba el tener asegurado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a favor de terceros. Su cuantía era del 5% del valor del contrato.

«**Art. 68.- GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO.-** Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder de las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento del valor de aquél.

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

- **Garantía por Anticipo:** Para las contrataciones en las cuales la Entidad Contratante entregaba adelantos que buscaban dar liquidez al Contratista para la ejecución del contrato, éste debía asegurar estos pagos parciales por el monto recibido.

«**Art. 69.- GARANTÍA POR ANTICIPO.-** Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiere otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista, para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.»

- **Garantía Técnica:** Esta garantía era solicitada al momento en que la Institución Contratante adquiría bienes que se necesite un respaldo para asegurar su buen funcionamiento y calidad en el tiempo. Esto respaldado por una garantía del fabricante del bien. Esta garantía para los contratos de obra, debe asegurar la calidad de los materiales y/o su posible reparación cuando existan defectos en la construcción, el contratista deberá presentarla por un valor equivalente al 5% del contrato.

«**Art. 70.- GARANTÍA TÉCNICA PARA CIERTOS BIENES.-** En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

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

Cualquiera de estas garantías entrarán en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.»

«**Art. 71.- GARANTÍA POR LA DEBIDA EJECUCIÓN DE LA OBRA.-** En los contratos de obra, para asegurar su debida ejecución y la buena calidad de los materiales, además de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, el contratista antes del cobro de la primera planilla o del anticipo entregará al contratante una garantía del cinco por ciento (5%) del monto del contrato.

La garantía que por este porcentaje entregue el contratista servirá para asegurar las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los literales a), b) y c) del artículo 77 de la Ley de Contratación Pública, y serán independientes de la obligación del contratista de rendir la garantía de fiel cumplimiento. En el caso de las garantías previstas en el literal a) éstas se depositarán en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda.»

2.3.2. Formas de Rendir Garantías en la Ley de Contratación Pública (Derogada)

El Artículo 73 de la Ley de Contratación Pública establecía la forma en que las garantías solicitadas a los oferentes y adjudicatarios/contratistas podían presentar a las Instituciones Públicas para asegurar su oferta, anticipos, cumplimiento y ejecución de los contratos.

«**Art. 73.- FORMAS DE GARANTÍA.-** En los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebre el Estado o las entidades del sector público, los oferentes o contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

a) Depósito en moneda nacional, en efectivo o en cheque certificado que se consignará en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante, en el Banco Ecuatoriano de la

Vivienda, cuyos intereses a la tasa pasiva fijada por la Junta Monetaria para las cuentas de ahorro en dicho banco, pertenecerán al oferente o al contratista;

b) Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

c) Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

d) Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo, practicado por peritos designados por la entidad, bajo la responsabilidad solidaria de los peritos y la autoridad que los designe; y,

e) Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras entidades del sector público, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda u otros valores fiduciarios que hayan sido calificados por la Junta Monetaria. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las Bolsas de Valores del país, al momento de constituir la garantía.

En el caso de concursos privados de precios, a más de las garantías enumeradas en este artículo, podrán aceptarse como tales pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista.»

2.3.3. Ley de Consultoría (Derogada)

Esta Ley fue publicada en el Registro Oficial 136 de 24 de febrero de 1989. En 2004, fue codificada como consta en el Registro Oficial 455 de 5 de noviembre de 2004. En su Considerandos cabe resaltar que proclamaba la importancia de la consultoría en el país como «...un verdadero agente dinamizador de la transferencia y asimilación de tecnología y un factor coadyuvante para el mejor uso de los recursos del país y el desarrollo de sistemas científicos, tecnológicos y productivos...»

Esta Ley fue creada para encargarse específicamente de la contratación de Consultorías por parte de las Entidades Públicas. Se entiende que ante la necesidad de reglar esta clase de contrataciones y por la importancia que suponía el realizarlas para proyectos de desarrollo y transferencia de tecnología se dejó de lado la Ley de Contratación Pública y se creó esta Ley especial.

2.3.3.1. Garantías requeridas en la Ley de Consultoría (Derogada)

Las garantías que exigía la Ley de Consultoría para asegurar los contratos de consultoría eran los siguientes:

- **Garantía por cumplimiento de contrato:** Contenido en el primer inciso del Artículo 19 de esta Ley, exige un monto equivalente al 5% del contrato para asegurar el correcto cumplimiento del mismo y sus literales estipulan la forma en que deberá ser rendida esta garantía.

«**Art. 19.-** Para asegurar el cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros, relacionadas con el contrato, la persona natural o jurídica que contrate servicios de consultoría con el sector público, rendirá una de las siguientes garantías por un monto equivalente al 5% del valor del contrato:

a) Depósito en dinero efectivo que se consignará en una cuenta especial a la orden de la dependencia, entidad u organismo contratante, en el Fondo de Consultoría, cuyos intereses a la tasa mínima que para este objeto establezca el Directorio del Banco Central del Ecuador, pertenecerán al consultor;

b) Garantía o póliza de seguros, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, sociedad financiera o compañía de seguros, establecidos en el país;

c) Entrega de títulos - valores negociables, públicos o privados, de renta fija o variable, de amplia aceptación y alta cotización en las bolsas de valores del país. Los intereses que generen dichos títulos o valores pertenecerán al contratista; y,

d) Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del valor de los inmuebles hipotecados, según el avalúo catastral comercial de la respectiva Municipalidad.»

- **Garantía para Fondo de Consultoría:** Para las contrataciones de consultoría a través de los procesos de concurso privado y público, de los literales b) y c), respectivamente, del Artículo 12 de la Ley de Consultoría, la Institución Contratante deberá retener el 5% de los pagos a favor del Contratista que no sean costos reembolsables u honorarios; o, si el pago fue acordado en divisas, este 5% deberá ser depositado en una cuenta especial del Fondo de Consultoría.

«**Art. 20.-** En los contratos de consultoría a que se refieren los literales b) y c) del Art. 12 de esta Ley, además de las garantías determinadas en el artículo anterior, la dependencia, entidad u organismo contratante, retendrá el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que hiciera al contratista por cuenta del contrato excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no perciba o deduzca honorarios, y los depositará a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, en una cuenta especial. Cuando el pago se haya estipulado en divisas, el mismo se hará efectivo por el valor correspondiente, para cuyo efecto el contratista deberá depositar en una cuenta especial del Fondo de Consultoría, un valor equivalente al 5% de dicho pago.

Los intereses que produzcan estos depósitos en el Fondo de Consultoría, pertenecerán al contratista y le serán devueltos previa orden escrita del correspondiente funcionario de la dependencia, entidad u organismo contratante, la que será extendida una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato.»

«**Art. 12.-** La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones:

a) Cuando el monto del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente un cien milésimos por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, se podrá celebrar el contrato sin necesidad de concurso;

- b) Cuando el monto estimado del contrato supere el fijado en el literal anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente cuatro cien milésimos por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico, el contrato se podrá adjudicar mediante concurso privado; y,
- c) Cuando el monto estimado del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente cuatro cien milésimos por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, el contrato se adjudicará mediante concurso público.

Por monto estimado del contrato se entenderá aquel que haya determinado la dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de la convocatoria del concurso.»

- **Garantía por Anticipos:** Siendo otorgados anticipos por parte de la Contratante, el Contratista deberá rendir garantías por el monto total del anticipo, a través de una de las formas estipuladas en el Artículo 19 de esta Ley.

«Art. 22.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la dependencia, entidad u organismo contratante, debiere otorgar al contratista anticipos de cualquier naturaleza, el contratista, para recibir el anticipo, deberá entregar al contratante una de las garantías contempladas en esta Ley, por igual valor, que se reducirá automáticamente en la proporción en que se amortice el anticipo.»

2.4. Garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008, dejando derogadas las Codificaciones a la Ley de Contratación Pública (2001) y la Ley de Consultoría (2004). Esta nueva Ley con el carácter de orgánica unifica ambas leyes quedando bajo un solo cuerpo normativo la contratación de bienes, obras y servicios incluyendo los de consultoría.

El espíritu de esta Ley es crear un sistema de contratación pública que optimice y produzca beneficio a la contratación de las Entidades dejando de lado el mal uso de los recursos públicos, y sobre todo, el incentivar la «...promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza.»

El inciso quinto del Artículo 69 de esta Ley, establece expresamente la obligación de las Entidades Públicas, previo la suscripción de contratos, de que le sean presentadas las respectivas garantías por parte de los adjudicatarios para asegurar, dependiendo del contrato, su cumplimiento, anticipos y/o ejecución.

«Art. 69.- Suscripción de Contratos.- 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.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a

sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.» (Lo resaltado me corresponde)

El Artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estipula no sólo el hecho de obligar al contratista a presentar las respectivas garantías antes de suscribir el contrato, sino que se infiere que sin su presentación el contrato no puede ser suscrito por las partes. La Administración con esta norma se está asegurando el tener un respaldo frente a eventuales incumplimientos del contratista en la etapa de ejecución contractual.

2.4.1. Garantías Requeridas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

En cuanto a las garantías que establecía esta Ley, se encuentran:

- **Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato:** Establecida en el Artículo 74 de la Ley, asegura el correcto cumplimiento del contrato y equivaldrá al 5% del monto del contrato; para los contratos de obra, asegura no sólo el cumplimiento de la ejecución del contrato sino además para garantizar la calidad de los materiales utilizados, así como eventuales reparaciones o cambios por materiales defectuosos o de mala calidad. En el caso establecido en el segundo inciso del mencionado artículo, esta garantía podrá ascender al 20% del monto del contrato.

«**Art. 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento.-** Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato,

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

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

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

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

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

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

- **Garantía por Anticipos:** Establecida en el Artículo 75 de la Ley, se rinde al ser beneficiario el Contratista de anticipos entregados por la Entidad Contratante quien deberá solicitar una garantía por la totalidad del anticipo entregado.

«**Art. 75.- Garantía por Anticipo.-** Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir

previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega-recepción de los bienes u obras materia del contrato.

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

- **Garantía Técnica para Bienes:** Según el Artículo 76 de la Ley, ciertos bienes requieren de una garantía entregada por el fabricante, distribuidor o vendedor autorizado del bien, quién asegurará la calidad y funcionamiento del bien por el plazo que establezca el contrato. Este contrato no es accesorio al contrato principal.

«**Art. 76.- Garantía Técnica para ciertos Bienes.-** En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

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

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

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

2.4.2. Formas de Rendir Garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece la forma en que las garantías solicitadas a los adjudicatarios podrán presentar a las Instituciones Públicas para asegurar su cumplimiento, anticipos, y ejecución de los contratos.

«Art. 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;
4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,
5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.

Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.»

2.5. Análisis comparativo entre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría (estas dos últimas derogadas) en cuanto a garantías y forma de ser presentadas

Estos tres cuerpos normativos establecen las garantías que deben ser presentadas por los Contratistas para la suscripción de contratos con las Entidades del Sector Público. Una primera diferencia es el hecho de encontrarse unificados los términos generales de contratación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a diferencia de la antigua Ley de Contratación Pública que no incluía a la Consultoría, dejando un cuerpo normativo específico para dicho régimen de contratación .

En la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prima la concurrencia de los oferentes a los procesos de contratación, razón por la cual se eliminó la Garantía de Seriedad de la Oferta dejando de lado esta limitante para muchos oferentes que les representaba un gasto importante frente a una posibilidad o expectativa de ser contratados, situación que cambió con la nueva Ley ya que actualmente son solicitadas las garantías previo a la suscripción del contrato cuando el oferente ha sido notificado como adjudicatario del proceso en que ha concursado.

De igual manera, para Consultoría ya no se estableció la Garantía para Fondo de Consultoría que se depositaba en una cuenta especial por un valor del 5% del contrato. Por otro

lado, las garantías de fiel cumplimiento del contrato y anticipos se mantienen bajo los mismos porcentajes, es decir, 5% del total del contrato y por el total del anticipo entregado, respectivamente.

Forma de rendir garantías:

La forma de rendir garantías varió significativamente para asegurar de manera más efectiva los intereses del Estado. La antigua Ley de Contratación Pública incluía depósitos en moneda nacional, efectivo o cheque certificado; la Ley de Consultoría únicamente depósitos en efectivo; ambas posibilidades no fueron prescritas en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Mi análisis lleva a concluir que en la actualidad un alto porcentaje de contratistas entregan pólizas de seguro o garantías bancarias y primeras hipotecas que afiancen las obligaciones suscritas, por lo que son las más recurridas y fáciles de obtener a diferencia del depósito de bonos del Estado.

La emisión de garantías a través de instituciones financieras o aseguradoras se mantiene con la premisa de ser “incondicional e irrevocable, de cobro inmediato”. Las primeras hipotecas tienen en la Ley de Contratación Pública actual y derogada los mismos requisitos; distinto de la Ley de Consultoría derogada que establecía que el monto del bien inmueble hipotecado no podía ser inferior al monto de la garantía.

Los depósitos de bonos del Estado se mantienen en ambas Leyes excepto en la Ley de Consultoría que no la incluía. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública añade una nueva garantía que es la de rendirla a través de un certificado de depósito a plazo emitido por una institución financiera endosado a favor de la entidad Contratante. El endoso de certificados de depósito a plazo a favor de la Contratante me parece una forma interesante de garantizar obligaciones sobre todo para personas naturales que generalmente obtienen estos certificados para generar intereses a su favor, teniendo la posibilidad, de ser el caso, de utilizarlo como garantía en un procedimiento contractual.

Algo que es común leer en las investigaciones y tesis sobre temas de garantías o en general del sistema de contratación pública en el Ecuador, es que las garantías que se rinden son básicamente pólizas de seguro emitidas, primeras hipotecas o endosos de depósito a plazo

emitidos por instituciones bancarias y aseguradoras. Cabe mencionar que en contratos entre entidades estatales locales y de la comunidad internacional existe una variedad de garantías fuera de las mencionadas dado el grado de complejidad que suelen tener esta clase de contrataciones, por ejemplo, proyectos de infraestructura como centrales hidroeléctricas, eólicas o geotérmicas; adquisición de buques, concesión de puertos, proyectos de transporte masivo, etc., así como las garantías aplicables al financiamiento para los proyectos, antes mencionados, por parte del Estado así como de las entidades financieras contratistas. Todas estas garantías para "megaproyectos" o compra de bienes de valores significativamente altos tienen garantías que son utilizadas en el comercio internacional y que siguen los parámetros del mercado según los acuerdos de las partes a través de cartas de intención, acuerdos de entendimiento u otros instrumentos internacionales.

2.6. Características de las Garantías en la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública

La garantía es un documento que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesoria tiene fisonomía propia.

«Cabe aclarar la diferencia entre el "contrato de garantía" como un contrato principal o accesorio. Por ejemplo, el contrato de seguro como tal es un contrato principal, solemne, bilateral, oneroso y aleatorio; sin embargo, cuando mediante una póliza de seguro, se instrumenta una garantía de anticipo de un contrato administrativo, dicho contrato se convierte en accesorio, real, unilateral y gratuito.

El contrato de garantía es definido para su uso afianzador en la contratación pública como un contrato, accesorio, unilateral, gratuito, consensual.»⁷⁰ Como características de las garantías que se otorgan en la contratación pública se pueden anotar las siguientes:

- **Contrato:** es el acuerdo de las partes, es un requisito sine qua non de casi todo contrato por lo que la garantía se traduce a través de un instrumento jurídico en el cual la voluntad

⁷⁰ Mercedes Bohórquez, *Las Garantías en la Contratación Pública Ecuatoriana*, Tesis, PUCE, Quito, 1989, p. 42

de la Entidad Contratante de asegurar el cumplimiento del contrato que va a suscribir, se enlaza con el interés del Contratista que acuerda entregar las garantías respectivas.

No deja de serlo por el hecho que un tercero (compañía de seguros, broker, banco) sea quien emite la garantía a favor del acreedor que es la Entidad Contratante.

- **Accesorio:** Es un contrato que para su existencia se debió establecer una relación jurídica previa que exija la presentación de un instrumento contractual que garantice las obligaciones del contrato principal que se pretende suscribir.
- **Unilateral:** La única parte contractual que se obliga a presentar garantías es el Contratista, lo cual genera obligaciones así mismo quedando salvado de obligaciones la Contratante.
- **Gratuito:** Para su acreedor que es la Entidad Contratante siempre será gratuito el contrato del cual se favorezca para ser beneficiario de la garantía, puesto que anticipadamente tiene asegurados valores por conceptos de eventuales incumplimientos contractuales que pueden o no haberlos durante la ejecución del contrato.

Todo lo contrario para la Contratista que tiene que incurrir en gastos operacionales, primas, servicios de la entidad de emite la garantía, etc.

- **De necesaria estipulación:** Para que sea de obligatoria presentación un determinado documento debe constar esto en algún cuerpo legal o en el mismo contrato el cual tenga como requisito indispensable previo a la celebración del mismo la presentación de las respectivas garantías dependiendo la naturaleza del contrato. Sobre esta materia, el Artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estipula lo siguiente:

«**Art. 69.- Suscripción de Contratos.-** 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.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.» (Lo resaltado me corresponde).

- **Incondicional, irrevocable y de cobro inmediato:** Estas tres características que la propia Ley otorga a las garantías; las instituciones financieras y aseguradoras deben cumplir con estos parámetros para que la garantía tenga validez. El Artículo 73 de la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus numerales primero y segundo estipula esta exigencia:

«Art. 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país (...)

(...) En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años.» (Inciso agregado por la Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No.100 Segundo Suplemento del 14 de octubre de 2013).

Se pone énfasis en citar la normativa que se refiere a las garantías bancarias y pólizas de seguro puesto que son la forma de afianzamiento más utilizada por parte de los contratistas. Las demás formas de presentar garantías (numerales 3 al 5 del Artículo 73 de la LOSNCP) a las Entidades Públicas resultan complicadas o poco prácticas para la generalidad de oferentes por el tiempo que disponen para entregar estas garantías, una vez adjudicados, y por las dificultades con las instituciones que conceden este tipo de avales.

De igual manera la propia Ley en la Disposición Transitoria Undécima estableció una reforma a la Ley General de Seguros al respecto:

«DISPOSICIONES TRANSITORIAS

UNDÉCIMA.- Mientras no se expida el Reglamento de aplicación a la presente Ley, facúltese al Instituto Nacional de Contratación Pública para que, a través de los análisis de la necesidad de las Entidades Contratantes y de los estudios de mercado correspondientes, seleccione a los proveedores que ofrezcan el mejor costo para celebrar

Convenios Marco y crear catálogos electrónicos de bienes y servicios normalizados, con el fin de dar viabilidad al procedimiento previsto en el Título III, Capítulo II, Sección I.»

La Ley General de Seguros quedando reformado su Artículo 42 sobre el reclamo administrativo queda su texto de la siguiente forma (el texto en negrillas es la reforma incluida al Artículo 42):

«Art. 42.- Toda empresa de seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que el asegurado o el beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean necesarios, a menos que la empresa de seguros formule objeciones fundamentadas a tal reclamo, las mismas que deberán ser llevadas inmediatamente a conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros.

Si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones, la entidad de seguros pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si en este caso o en el que se venciere el plazo de cuarenta y cinco días fijado en el inciso primero, la empresa de seguros no efectúe el pago, el asegurado o el beneficiario pondrá este hecho en conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros, quien, de verificar esta situación, ordenará el pago dentro de un plazo no mayor de quince días, junto con los intereses calculados a partir de los cuarenta y cinco días antes indicados, al tipo máximo convencional fijado de acuerdo con la ley. De no pagar dentro del plazo concedido dispondrá la liquidación forzosa de la empresa de seguros.

Si la empresa de seguros formule objeciones al reclamo y no se llegare a un acuerdo con el asegurado o beneficiario, la Superintendencia de Bancos y Seguros comprobará la existencia de los fundamentos de dichas objeciones y de no haberlos ordenará el pago, caso contrario lo rechazará.

El asegurado o beneficiario podrá acudir en juicio verbal sumario ante los jueces competentes o someter al arbitraje comercial o mediación, según sea el caso.

Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado para el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones. El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones en el Sistema Nacional de Contratación Pública. La reincidencia de una compañía aseguradora en cuanto al no pago de una póliza que instrumente una de las garantías en el ámbito de la contratación pública, dentro del término previsto, será sancionada con la inscripción en el registro de incumplimientos a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública, por dos años, contados a partir del requerimiento formal de la entidad contratante.» (El resaltado me pertenece).

Estas tres características ya se encontraban en la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas así como en la Ley de Contratación Pública, ambas actualmente derogadas, cuya aplicación se daba de igual forma que en la actual Ley vigente para pólizas de seguro o garantías bancarias.

A continuación se analizará cada una de estas características:

Incondicional.- Partiendo del hecho que por sí misma la garantía es accesoria al contrato principal, suena ilógico determinar la ausencia de condición como forma inexcusable de ejecución a favor de la Contratante. Las obligaciones condicionales se encuentran determinadas en nuestro Código Civil, en su Artículo 1516 que prescribe: «Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es de un acontecimiento futuro que pueda suceder o no».

El fundamento lógico para ejecutar una garantía es que ocurra un hecho futuro que provoque un desequilibrio irreparable en la ejecución contractual que suponga la necesidad de ejecutar una garantía. Por otro lado, la incondicionalidad puede referirse a que no exista condición alguna por parte de la institución afianzadora que pueda negar el requerimiento de la Institución.

El Artículo 103 inciso segundo reformado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, toma este principio en el sentido de otorgar recurso administrativo a favor del afectado por un acto administrativo pero «el recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado». Es decir, la ejecución del acto administrativo, por ejemplo la resolución de terminación unilateral, es susceptible de recurso de apelación pero los efectos de la misma continúan ejecutándose independientemente de la decisión que la autoridad competente vaya a tomar.

Irrevocable.- Para Cabanellas es «Lo que no cabe revocar o deshacer jurídicamente (...) Se llama irrevocable un crédito cuando se abre en un banco para pago de mercaderías contratadas o para el cumplimiento de otra obligación, y que no pueda ser anulada ni modificada hasta satisfacer la finalidad constitutiva; Renuncia o dimisión firme.»⁷¹

La irrevocabilidad descansa en el hecho de mantener las condiciones pactadas en firme, siendo así que la garantía no puede cambiar las condiciones por las que fue constituida, por el contrario, debe mantener en todas sus partes lo que se afianzó en un principio, dejando sin poder de decisión sobre la garantía al afianzador.

⁷¹ Guillermo Cabanellas, Op. Cit. p. 208.

Cobro inmediato.- La Ley establece para el cobro de la garantía por parte de la entidad pública, un plazo de 48 horas contado desde la notificación de la Resolución de terminación unilateral por parte de la Entidad Contratante a la aseguradora; dicho plazo no puede estar sujeto a condición alguna ni requerimientos adicionales por parte del afianzador. Bastará la petición de ejecución por parte de la Entidad Pública para que la institución financiera o la aseguradora inicien el respectivo trámite.

Las condiciones legales de las garantías no admiten negativas, retrasos o justificativos que los afianzadores puedan pedir, simplemente su ejecución respondiendo a precautar los intereses de las Instituciones Públicas por encima pero dejando de lado cualquier posibilidad de reclamo frente a la decisión de ejecución, situación que suspende el derecho de los contratistas a reclamar a la Entidad y sólo pueden interponer su reclamo en vía judicial.

La particularidad del cobro inmediato ha sido introducida en forma expresa en la reforma a la Ley General de Seguros en su Artículo 42, siendo agregado un último inciso en el cual estipula que los bancos y aseguradoras no podrán excepcionarse al pago de garantías a favor de las Entidades Contratantes cuando éstas los notifiquen, siendo sancionadas en caso de negativa tanto por la Superintendencia de Bancos y Seguros como por el Servicio Nacional de Contratación Pública, llegando a estar inscrito en el registro de incumplimientos por dos años.

2.7. Responsabilidad de Entidades Públicas y Servidores Públicos respecto al Manejo de Garantías y Delegación de Obligaciones

El Acuerdo de la Contraloría General del Estado 39 que contiene las Normas Técnicas de Control Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento 87 de 14 de diciembre de 2009, establece el control que deberán ejercer las entidades públicas en cuanto a la obligatoriedad de solicitar garantías a los contratistas y como deberán ser administradas al interior de las Instituciones por Tesorería.

«403-12 Control y custodia de garantías

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

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

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

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

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

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

Como señala la norma antes citada, se entrega pautas claras de cómo administrar la custodia de las garantías entregadas por los contratistas. El custodiar la garantía no implica el simple hecho de "guardar el documento", sino que deben verificarse los aspectos que enlista. Es

interesante la importancia que adquiere el tener presente la fecha de vencimiento de la garantía que es igual o más importante que tener el documento debidamente custodiado, por las repercusiones legales que podría tener este detalle al momento de suscitarse un inconveniente en el normal transcurso de la ejecución contractual.

2.7.1. Facultad de Máximas Autoridades de Delegar Competencias a su Cargo

La delegación en la vida de la Administración Pública tiene su fundamento en las políticas establecidas por la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993, en las cuales parte de sus objetivos es el permitir la desconcentración de funciones administrativas a través de la transferencia de funciones, competencias y responsabilidades administrativas y de gestión a través de la figura de la delegación para que los máximos personeros de las instituciones del Estado dicten acuerdos, resoluciones u oficios que sean necesarios para delegar sus atribuciones.⁷²

Los servidores y servidoras públicas de las distintas Instituciones Estatales tendrán responsabilidad solidaria junto con su delegante en las competencias delegadas a su cargo. El Artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe:

«Art.44.- Responsabilidad Solidaria.- Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine."La figura de la delegación está destinada al mejoramiento estructural del trabajo al interior de los órganos administrativos que resulten en eficiencia y eficacia administrativa.

Para ser viable el delegar funciones se debe considerar: «a) Que el delegante esté autorizado expresamente por la ley; b) Que no se trate de facultades exclusivas; y, c) Que el acuerdo delegatorio se publique».⁷³

«La delegación de competencia consiste en la transmisión del ejercicio de facultades que un órgano superior hace en favor de un inferior, ya sea en forma total o parcial. Esta transmisión no implica que el superior pierda el derecho de actuar en las materias que ha

⁷² Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993, Artículos 34 y 35.

⁷³ Delgadillo Luis, Lucero Manuel, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 103.

delegado, puesto que al transmitir la competencia el delegante sigue siendo el responsable de su ejercicio, por lo que, en razón de los poderes de vigilancia y de revisión que le otorga su jerarquía, debe mantener el control del ejercicio de las facultades delegadas.»⁷⁴

Este mecanismo contribuye a mejorar la gestión administrativa de las Entidades Públicas cumpliendo con los preceptos constitucionales y legales de manejo de la Administración Pública en relación a los principios constitucionales de «eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.»⁷⁵ De manera general, la Ley de Modernización del Estado en su Artículo 35 establece la delegación de atribuciones:

«**Art. 35.-** Cuando la importancia económica o geográfica de la zona o la conveniencia institucional lo requiera, los máximos personeros de las instituciones del Estado dictarán acuerdos, resoluciones u oficios que sean necesarios para delegar sus atribuciones.

En estos documentos se establecerá el ámbito geográfico o institucional en el cual los funcionarios delegados ejercerán sus atribuciones. Podrán, asimismo, delegar sus atribuciones a servidores públicos de otras instituciones estatales, cumpliendo el deber constitucional de coordinar actividades por la consecución del bien común.»

Por otro lado, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, establece en sus Artículos 55 al 59, el marco jurídico en el que las entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional podrán realizar las delegaciones que consideren necesarias tomando en cuenta prohibiciones expresas así como su revocatoria y las responsabilidades que tendrán los delegatarios.

«**Art. 55.- LA DELEGACION DE ATRIBUCIONES.-** Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se

⁷⁴ Luis Delgadillo, Manuel Lucero I, Op. Cit. pp. 102 y 103

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. 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, transparencia y evaluación.

encuentren prohibidas por Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial.

Los delegados de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias administrativas, no requieren tener calidad de funcionarios públicos.»

«**Art. 56.-** Salvo autorización expresa, no podrán delegarse las competencias que a su vez se ejerzan por delegación.»

«**Art. 57.-** La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la haya conferido y se extinguirá, en el caso de asuntos únicos, cuando se haya cumplido el acto cuya expedición o ejecución se delegó.»

«**Art. 58.- INDELEGABILIDAD.-** En ninguna circunstancia serán delegables las competencias constitucionales del Presidente y Vicepresidente de la República.»

«**Art. 59.- RESOLUCIONES POR DELEGACIÓN.-** Cuando las resoluciones administrativas se adopten por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia y se considerarán dictados por la autoridad delegante, siendo la responsabilidad del delegado que actúa.»

En cuanto a la delegación de funciones relacionados con procesos de contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a la delegación en su Artículo 6 numeral 9a como:

«**9a.-Delegación.-** Es la traslación de determinadas facultades y atribuciones de un órgano superior a otro inferior, a través de la máxima autoridad, en el ejercicio de su competencia y por un tiempo determinado.

Son delegables todas las facultades y atribuciones previstas en esta Ley para la máxima autoridad de las entidades y organismos que son parte del sistema nacional de contratación pública.

La resolución que la máxima autoridad emita para el efecto podrá instrumentarse en decretos, acuerdos, resoluciones, oficios o memorandos y determinará el contenido y alcance de la delegación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, de ser el caso. Las máximas autoridades de las personas jurídicas de derecho privado que actúen como entidades contratantes, otorgarán poderes o emitirán delegaciones, según corresponda, conforme a la normativa de derecho privado que les sea aplicable.

En el ámbito de responsabilidades derivadas de las actuaciones, producto de las delegaciones o poderes emitidos, se estará al régimen aplicable a la materia.»

Así mismo, establece la Ley de Contratación la delegación para la suscripción de contratos a funcionarios, así como establecer la responsabilidad que mantiene el delegante a pesar de haber encargado a un tercero que lo ejecute.

«**Artículo 61.**- Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRAS PÚBLICAS.

Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante.

Para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna.»

Dentro de las Normas Técnicas de Control Interno, establece algo interesante que complementa el conjunto de normas antes mencionadas, en el sentido de que la delegación de funciones no sólo debe suponer la entrega de una tarea determinada sino también la entrega o el investimento de autoridad en la medida necesaria para cumplir con la delegación sin verse limitado por las atribuciones o autoridad propia de su cargo.

«200-05 Delegación de autoridad

La asignación de responsabilidad, la delegación de autoridad y el establecimiento de políticas conexas, ofrecen una base para el seguimiento de las actividades, objetivos,

funciones operativas y requisitos regulatorios, incluyendo la responsabilidad sobre los sistemas de información y autorizaciones para efectuar cambios.

La delegación de funciones o tareas debe conllevar, no sólo la exigencia de la responsabilidad por el cumplimiento de los procesos y actividades correspondientes, sino también la asignación de la autoridad necesaria, a fin de que los servidores puedan emprender las acciones más oportunas para ejecutar su cometido de manera expedita y eficaz.

Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación serán consideradas como dictadas por la autoridad delegante. El delegado será personalmente responsable de las decisiones y omisiones con relación al cumplimiento de la delegación.»

En términos generales, la delegación es una atribución que se concede a las autoridades y entidades superiores dentro del Sector Público que comprende:

«Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.»⁷⁶

Esto supone el repartir entre órganos o servidores públicos atribuciones que la máxima autoridad encarga por encontrarse estos en inferior jerarquía, razón por la cual la delegación cabe y funciona para poder cumplir con los principios constitucionales que supone el adecuado manejo de la Administración Pública por parte de las autoridades a su cargo.

La responsabilidad administrativa por delegación de facultades o atribuciones es solidaria, es decir, tanto el delegante como el delegatario pueden tenerlas. La Norma de Control Interno 200-05 claramente establece que cualquier actuación expedida por el delegado se

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Op. Cit. Artículo 225.

entiende haber sido expedida por el delegante. La responsabilidad solidaria se establece el momento en que las actuaciones del delegante han sido realizadas dentro del ámbito de sus facultades delegadas siendo el delegante igualmente responsable.

Las delegaciones que se realizan al interior de las Instituciones Públicas generalmente se las ejecuta mediante Acuerdos o actos de simple administración dependiendo de la responsabilidad que esta tenga o el tiempo de duración del mandato. Dependiendo, toda delegación deberá ser publicada en el Registro Oficial.

El grado de autoridad que se concede ante una delegación es un detalle importante puesto que el titular de este mandato encontrará su tarea limitada al momento de necesitar emprender acciones que normalmente no es competente para hacerlo y que haciéndolas a cuenta propia causarían daños a terceros y responsabilidades contra él mismo por atribución de funciones.

2.8. Recursos Administrativos ante Actos Administrativos

La Administración Pública actúa bajo reglas provenientes del sistema legal que establece el camino, el procedimiento y las condiciones por las cuales el actuar de la Administración debe encaminarse. Cada uno de los actos que la Administración expida deberá cumplir con el principio de legalidad para que lo actuado sea conforme a Derecho. Para esto se ha establecido un procedimiento administrativo cuyo fin es el de «asegurar la sumisión de la Administración al Derecho, de hacer efectivo y operante el principio de legalidad y su sanción.»⁷⁷

Se dice que el Estado ha dotado de mecanismos por los cuales los administrados tendrán certeza de que el actuar estatal está encasillado en un sistema legal que no permite la arbitrariedad, siendo estos mecanismos los indicados para trazar una ruta del actuar estatal, así como una herramienta para reclamar un derecho afectado en caso de ser necesaria su exigencia desde la propia Administración hasta la jurisdicción contencioso-administrativa. Como señala García de Enterría:

«El procedimiento administrativo es la primera de esas garantías, en tanto que supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos

⁷⁷ Eduardo García De Enterría, Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2009, p. 435.

cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima. El sistema de recursos contra los actos y disposiciones emanados de la Administración constituye, en principio, un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma. En último término corresponde a los Jueces y Tribunales pronunciarse definitivamente sobre la legalidad de la actuación administrativa (...).⁷⁸

«La administración tiene la capacidad de mando u ordenación; es decir, la competencia suficiente para decidir los asuntos que son puestos en su conocimiento.»⁷⁹

Los administrados deben tener la capacidad y las herramientas legales que les permitan reclamar cuando una decisión tomada por la Administración no se la considere correcta. «Para evitar esta situación, el derecho crea instituciones jurídicas que reconocen el derecho de los administrados a oponerse a las decisiones administrativas que lesionan sus derechos o intereses, a fin de que la autoridad reexamine los casos y deje sin efecto aquellas decisiones contrarias al ordenamiento jurídico.»⁸⁰

El derecho de reclamar ante la Administración Pública es un derecho constitucional y legal que se configura como requisito mínimo y necesario para que en un Estado de Derechos y Justicia, como es el ecuatoriano, se evite coartar derechos a través de actuaciones que no sean susceptibles de revisión. Es así que «este derecho es una protección jurídica tutelada por el Estado a través de la legislación. Dentro de esta protección está el derecho al debido proceso y sus pertinentes garantías (...) Esto se encuentra encaminado a que la Administración justifique la legalidad de su motivación que le llevó a resolver de determinada manera en contra de las pretensiones del administrado.»⁸¹

Para conceptualizar al recurso administrativo podemos decir que:

⁷⁸ Eduardo García De Enterría, Fernández Tomás-Ramón, Op. Cit, p. 436.

⁷⁹ Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito, 2004, p. 230.

⁸⁰ Patricio Secaira Durango, Op. Cit., p. 230.

⁸¹ Patricio Secaira Durango, Op. Cit., p. 230.

«Son actos del administrado mediante los que éste pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico. La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho.»⁸².

«Esta capacidad de contradicción, de réplica, de oposición a la decisión pública se denomina impugnación. El mecanismo procesal para ejercer el derecho de impugnación se denomina recurso (...) El recurso de modo general es el aviso que el administrado hace a un órgano público, para darle a conocer su oposición a las decisiones que afectan sus intereses o derechos; es por tanto un medio para impugnar las resoluciones que las estima contrarias al ordenamiento jurídico o a los antecedentes fácticos del asunto materia de la Resolución (...) Los recursos son además garantías legales.»⁸³

Dejando puntualizado que el recurso es la forma en que el administrado acude a la Administración a interponer una queja que supone el inicio de un proceso administrativo el cual se encuentra establecido en la normativa legal, que permite revisar los actos de la Administración, que tendrá específicamente establecida la naturaleza del recurso, cuáles son sus características formales y el procedimiento que deberá cumplirse para que el debido proceso sea respetado y el derecho de defensa del ciudadano ante la Administración quede salvado. La existencia de estos recursos y la facultad de la Administración de realizar un control de sus propias actos deja en claro que la búsqueda del correcto actuar por parte de los órganos de la Administración se da como método de control posterior. Es así que «los recursos son medios de autocontrol administrativo que permiten a la propia administración tutelar sus actos en beneficio de los bienes jurídicos protegidos.»⁸⁴

Antes de entrar en detalles sobre el recurso administrativo cabría hacer una breve diferenciación entre el reclamo y recurso administrativo. Si bien, ambas intervenciones del administrado hacia la Administración pretenden que sea reconocido un derecho o subsanado un error por parte del órgano administrativo, estos difieren en que «la reclamación es la oposición

⁸² Eduardo García De Enterría, Fernández Tomás-Ramón, Op. Cit., p. 510.

⁸³ Patricio Secaira Durango. Op. Cit., p. 231.

⁸⁴ Patricio Secaira Durango. Op. Cit. p. 232.

que las personas presentan frente a hechos o cosas que las estima contrarias a sus derechos; entendiéndose dentro de ella a las peticiones orientadas a lograr que la administración reconozca a favor del solicitante aquellas permisiones legales que convienen a su interés. De modo que, la reclamación no es en realidad un recurso pues éste opera contra las manifestaciones de voluntad administrativa ya expresada por el ente público.»⁸⁵ Es decir, cualquier queja que se tenga sobre actuaciones administrativas de carácter general que exijan o dejen de reconocer al administrado un derecho, según su criterio, se lo presenta como reclamo; por el contrario, el verse afectado directamente el administrado por una actuación administrativa con efectos directos e inmediatos que afecten a su persona, sobre este acto se interpondrá un recurso administrativo.

A falta de un cuerpo normativo en el Ecuador que regule de manera general los procedimientos y procesos administrativos en los distintos ámbitos y materias que puede envolver o en los que puede intervenir el actuar del Estado; esto ha generado que las distintas materias sean tributarias, administrativas, propiedad intelectual, etc., queden inmersos en leyes especiales de cada materia quedando regados en la «marea legislativa» ecuatoriana.

De manera general ante la Administración Pública Central, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establece los recursos administrativos que se podrán presentar ante actos administrativos, expedidos por el Ejecutivo, que afecten derechos de los administrados. Una característica importante de los recursos y en general del contenido del ERJAFE es la aplicación que se da a este cuerpo normativo que teniendo un rango jurídico de reglamento, su contenido es aplicado por los conceptos que contiene así como los recursos que establece de manera general. Los recursos establecidos son de: Reposición, Apelación y Extraordinario de Revisión, detallados en el ERJAFE, en el título referente a los reclamos y recursos administrativos.

2.8.1. Recurso de Reposición

Conocido también como recurso de revocación, este recurso en principio es una primera instancia administrativa en la que el administrado recurre ante el mismo órgano que ha expedido el acto que impugna. El ERJAFE prescribe a éste recurso como:

⁸⁵ Patricio Secaira Durango, Op. Cit., p. 233.

«Art. 174.- Recurso de reposición.»

1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.»

Secaira establece el ámbito de aplicación del recurso así como su propósito dentro del trámite administrativo impugnatorio:

«Este recurso administrativo es aquella petición impugnatoria que se formula ante la misma autoridad pública emisora del acto administrativo materia de la oposición, para lograr su revocatoria, reforma o sustitución; por ello también se lo conoce como recurso de revocación.»⁸⁶

Este recurso administrativo cabe contra toda resolución emanada de la Administración Pública. Su cometido es la revisión inmediata del órgano administrativo a cargo de su expedición para poder buscar una solución pronta al error cometido.

2.8.2. Recurso de Apelación

El recurso de apelación o jerárquico es el que se promueve ante el inmediato superior del órgano que emitió el acto. Este recurso puede interponerse directamente o ser recurrido ante la negativa del recurso de reposición. El ERJAFE define su objeto en su Artículo 176:

«Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto.»

1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que

⁸⁶ Patricio Secaira Durango, Op. Cit, p. 235.

medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.»

Este recurso puede ser interpuesto directamente (es decir sin que preceda reposición), o ser interpuesto por la negativa del órgano sometido a jerarquía. Se recalca la importancia de que debe existir un legítimo interés en el sentido de que la persona que lo presente sea el afectado directo. Secaira entiende así al recurso de apelación:

«Este recurso, que también tiene características revocatorias, reformatorias o sustitutivas, puede ser interpuesto por los administrados cuyos derechos han sido afectados por la decisión pública recurrida y desde luego siempre justificando el interés directo que sobre el asunto tiene el recurrente, aún en el caso de que el acto no afecte su derecho personal. Se lo propone ante el órgano superior de la entidad pública emisora del acto administrativo, respecto de las decisiones de sus inferiores jerárquicos.»⁸⁷

2.8.3. Recurso Extraordinario de Revisión

Este recurso extraordinario reviste ciertos argumentos legales que deben ser atendidos, en el sentido de que no es un reclamo simple como podría pensarse del recurso de reposición y revisión, sino que exige ciertas circunstancias de fondo que afecten al acto administrativo y que constituyen causales para que dicho recurso proceda. El ERJAFE lo describe en su Artículo 178:

«Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la

⁸⁷ Patricio Secaira Durango, Op. Cit. p. 235.

Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.»

Secaira resalta la característica de ser interpuesto ante la autoridad máxima de la Institución, por lo que reviste de una importancia mayor el interponer este recurso que pone fin a la vía administrativa. La consecuencia inmediata de una negativa es el agotamiento de cualquier reclamación administrativa y supondría la eventual necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional. Sobre este recurso Secaira argumenta:

«Es el que puede proponerse ante los Ministros Secretarios de Estado, respecto de sus propias decisiones; así como también de aquellas expedidas por sus subordinados o por las entidades vinculadas (adscritas) a sus Carteras de Estado. Al igual que los otros recursos, solo es factible que sea propuesto por quien tiene interés directo o estime que sus derechos han sido vulnerados por la decisión recurrida; es decir por quien justifique su legitimación activa.

La interposición de este recurso está restringida a aquellos caso en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de evidentes errores jurídicos o fácticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervenientes de tanta importancia que afecte su esencia; cuando los documentos o informaciones que sirvieron de base para que se emita el acto hayan sido declarados falsos en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros.

Este recurso extraordinario procede incluso para posibilitar que la autoridad de mayor jerarquía del Ministerio o de la entidad, pueda revisar los actos de sus subordinados o de las entidades de la administración institucional correspondientes al ámbito de acción de aquellas; es decir de las entidades adscritas o vinculadas.»⁸⁸

Un comentario final al argumento de Secaira es lo que supone para la máxima autoridad no solo resolver un recurso sino tener la posibilidad de revisar las actuaciones de sus inferiores, siendo indirectamente un mecanismo de control interno, no como fin del recurso sino como consecuencia de su aplicación.

El análisis que busco hacer tras mencionar estos recursos es que, son aplicables de manera general en toda Institución de la Función Ejecutiva, que no tenga un procedimiento especial establecido en algún cuerpo normativo o a falta de éste subsidiariamente se aplica el ERJAFE.

⁸⁸ Patricio Secaira Durango. Op. Cit. p. 236.

En materia de contratación administrativa se entendería que no existiría falta de norma porque dentro del desordenado cúmulo de normas dispersas en distintos códigos, leyes, reglamentos, etc., aplicables a la Administración, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se presenta como una Ley especial que trata todo lo concerniente a la Contratación Pública, y establece recursos administrativos para situaciones específicas lo que provoca que la aplicación del ERJAFE quede relegada por ser la LOSNCP Ley especial y el ERJAFE un estatuto jerárquicamente inferior.

La reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 14 de octubre de 2013, sustituye los textos de los Artículos 102 y 103 de la Ley concediendo un recurso de reposición y apelación exclusivamente para la fase precontractual. La Ley ya preveía en cuanto a multas, en el Artículo 71 de la LOSNCP la impugnación en sede administrativa, judicial o arbitral de éstas. Es decir que la reforma no se ocupó de la fase contractual en materia impugnatoria en vía administrativa.

Pero dadas las circunstancias que se plantean en esta tesis (posibilidad de revisar el acto administrativo que da paso a la ejecución de garantías) y las implicaciones de responsabilidad administrativa que pueden derivar de cualquier decisión tomada en esta instancia administrativa, pensaría que es eficiente que considere incorporar en esta materia un único recurso extraordinario de revisión el cual lo conozca la máxima autoridad, esto encaminado a que la decisión sea definitiva y ponga fin a la vía administrativa.

Adicionalmente, sin dejar de lado los intereses públicos, sería adecuado prever la posibilidad de suspender la ejecución de las garantías hasta que se resuelva el recurso; por esta razón se debería conceder un término corto para resolver el recurso para que tanto los intereses institucionales como los del Contratista no se vean afectados.

Finalmente, habría que plantear dos supuestos que se aplicarían a este recurso. El primero, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato no debería dar lugar a la terminación del contrato, es decir, cabría ejecutar la parte proporcional por el daño causado puesto que ese es el fin de las garantías y más importante aún continuar con la fase contractual; la segunda, suspender la ejecución de la garantía hasta que se resuelva el recurso. Esta

suspensión me parece conveniente por ser una única instancia administrativa la que conocería el particular.

CAPÍTULO III - EJECUCIÓN DE GARANTÍAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO

3.1. Ejecución de Garantías en caso de Terminación Unilateral del Contrato

Como condición precedente para la ejecución de garantías que avalan obligaciones contractuales entre el Estado y otra/s partes (entidades públicas, privadas, asociaciones, países de la comunidad internacional) celebrado bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, deberá verificarse algún motivo, en la etapa de ejecución contractual, que haya generado una situación ajena a las condiciones contractuales pactadas. Es así que el Artículo 92 de la Ley determina dentro de las causas de terminación del contrato administrativo, entre ellas la terminación unilateral. La norma citada dispone:

«Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo ha pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica (...))» (el subrayado me pertenece)

Establecida esta causal como motivo de terminación del contrato, que sugiere el encontrarse en una situación en la que las partes no pueden llegar a una solución que motive el volver a la normal ejecución del mismo o acordar condiciones que satisfagan a las partes para continuar su ejecución, el Artículo 94 de la Ley amplía el numeral 4 del Artículo 92, enumerando las causales para dar por terminado de forma anticipada y unilateral el contrato:

«Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido (...)

En caso de acontecer dentro de la ejecución del contrato alguna situación que encaje en el Artículo 94 de la Ley, la Entidad Contratante deberá seguir el siguiente procedimiento en los términos del Artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Artículo 146 de su Reglamento:

«a) La fiscalización o administración del contrato, según corresponda, determinará el incumplimiento en el que habría incurrido el contratista y lo notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante. De considerar que procede la terminación del contrato, dispondrá el inicio del trámite de terminación, solicitando los siguientes informes:

- Técnico, en el que se motive la circunstancia que motiva la terminación anticipada y unilateral, así como el estado de avance de la ejecución contractual.

- Económico, en el que se determinen los pagos que se realizaron al contratista, así como la situación de las garantías que otorgó (...)

b) Una vez que se cuente con los informes mencionados en el literal anterior, se notificará al contratista con la decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, determinándose el incumplimiento o mora en la que ha incurrido. Se remitirá junto a la notificación los informes técnico y económico y se le solicitará que en el término de diez (10) días justifique o remedie el incumplimiento. El Artículo 146 del Reglamento General de la LOSNCP determina que además de notificarse al contratista, esta decisión deberá ser notificada a las aseguradoras, garantes o bancos que hubieren emitido las garantías del contrato, adjuntando los informes técnico y económico.

c) Si el contratista no justificare el incumplimiento o no remediare la mora, en el término concedido, o inclusive si no se pronunciare sobre la notificación, la entidad declarará terminado anticipada y unilateralmente el contrato, para lo cual la máxima entidad emitirá la resolución correspondiente, debidamente motivada. Puede suceder también de que los justificativos planteados no fueren aceptados por la entidad, ante lo cual se emitirá la resolución respectiva de terminación anticipada y unilateral.

d) Una vez declarada la terminación anticipada y unilateral, la resolución se comunicará al INCOP y se publicará en el portal de compras públicas. Además, se realizará la liquidación financiera y contable del contrato, determinando el avance efectivo de las obras, bienes y servicios, así como los valores que se deben a las partes (...)»⁸⁹

Como consecuencia de la Resolución emitida por la máxima autoridad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, las sanciones para el Contratista incumplido son:

«a) La inscripción como Contratista Incumplido en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos.

⁸⁹ José Pérez Antonio y otros, Op. Cit., pp. 412-414.

b) La ejecución de garantías.

c) La entidad contratante podrá demandar daños y perjuicios al contratista incumplido.»⁹⁰

Esta situación se podría definir como no ideal para los intereses contractuales de las partes por las consecuencias económicas que no solo las sufre el Contratista sino el Contratante toda vez que si bien se entendería que ha quedado indemnizado por ejecutar las garantías respectivas, la motivación de la Entidad para haber iniciado un proceso contractual público es de interés institucional pero que debe igualmente resultar en un beneficio para los administrados ya que es su finalidad y prioridad hacerlo. El hecho de empezar un nuevo procedimiento contractual en las condiciones en que las dejó el anterior Contratista supone en el tiempo, tal vez, condiciones económicas negativas para la Entidad en caso de existir variaciones en los precios de bienes, servicios u obras.

3.2. Otros casos en los que procede la ejecución de garantías

En los procesos contractuales no debe ocurrir, necesariamente, la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante para que sea ejecutable una garantía. Este es el caso de la Garantía de Buen Uso del Anticipo. Suele confundirse el uso de esta garantía en el sentido de pensar en que es una forma más de afianzar el contrato para que el Contratista cumpla con las obligaciones contraídas, sin embargo la naturaleza de esta garantía no se relaciona en absoluto con el cumplimiento del contrato sino con asegurar el correcto uso del anticipo entregado al contratista para ser utilizado en la forma que el contrato lo estipula. Más aún, puede ser ejecutada esta garantía y continuar el contrato teniendo como aval de éste la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Cabría plantear algunos escenarios en los que se debería considerar el establecer un recurso administrativo el cual tenga como resultado: a) dejar salvo el derecho de queja por parte del Contratista; b) aplicarlo en el momento oportuno tanto para los intereses del Contratista como para evitar inconvenientes, inmediatos o futuros, en la ejecución del contrato. Este proceso no deberá ni será justificativo de retrasos o incumplimientos en el cronograma establecido en el contrato, ni de omitir la realización de obras o brindar servicios en la forma pactada.

⁹⁰ Antonio José, Pérez, Daniel López Suárez, José Luis Aguilar, Op. cit., pp. 414-415.

Puede darse el caso en que se entregue un anticipo y la diferencia se la pague por planilla presentada. Un ejemplo sería en contratación de obras en las que el Contratista necesita liquidez para empezar a realizar los trabajos según el cronograma acordado y la Entidad Contratante le entrega el 50% del valor total del contrato. El Contratista ideal sería quien sea contratado para el desarrollo de un proyecto y en el tiempo que le tome ejecutarlo sólo se encuentre realizando esta tarea. Realidad que es difícil que ocurra puesto que los Contratistas tienen varias obras ejecutándose al mismo tiempo y, es más, aprovechan, por ejemplo, el lugar donde se encuentre; me explico: suponiendo que el Contratista tenga en el Oriente ecuatoriano la construcción de una carretera que se encuentra ejecutado en un 60% pero tiene problemas para realizar ciertas obras menores porque no tiene liquidez para realizarlas, mientras lo ejecuta se abre una licitación para la construcción de un puente a pocos kilómetros del lugar donde se encuentra su proyecto, sucede que por economía de escala su oferta llega a ser más barata (por encontrarse cerca del lugar y la maquinaria y trabajadores los tiene prácticamente en el lugar donde se construirá el puente) y afirmemos que su oferta técnica supera a los otros oferentes, éste Contratista tendrá a cargo un nuevo proyecto del cual recibirá un anticipo, parte de este anticipo lo utilizará para cumplir con las obras menores del otro contrato pero se mantiene cumpliendo el cronograma de la construcción del puente. En este caso, la construcción del puente se halla cumpliendo como se acordó en el contrato, pero el anticipo ha sido utilizado indebidamente.

Del ejemplo antes señalado, es necesario definir la naturaleza de la Garantía del Anticipo. Para puntualizar este tema haré referencia a algunos extractos del Pronunciamiento 7336 de 11 de abril de 2011, de la Procuraduría General del Estado, que se refiere a la "inteligencia y aplicación de las normas que regulan la ejecución de la garantía de anticipo".

Dentro del citado Pronunciamiento se hace referencia al fallo de 20 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que trata sobre la ejecución de la garantía de anticipo de un contrato de construcción, dice al respecto:

«el anticipo no forma parte de la naturaleza del contrato principal a tal punto que en un contrato de construcción, puede o no acordarse la concesión de un anticipo y tal concesión está dirigida a un sujeto concreto distinto del objeto del contrato de construcción (...) lo obligatorio para hacer efectiva la garantía de buen uso del anticipo es

la liquidación del anticipo entregado al contratista de allí que la condición relevante para justificar la ejecución de la garantía era la presentación de la liquidación correspondiente del contrato de anticipo y no de ninguna manera la liquidación total del contrato de construcción...»⁹¹

De lo expuesto se puede concluir que la garantía de anticipo no se encuentra asegurando parte o totalidad del contrato principal y que su liquidación no está sujeta al término del contrato sino al momento en que ha sido devengado el anticipo o que tuvo que haber sido devengado. Un detalle importante es que la Ley le da el carácter de recurso público al dinero entregado por concepto de Anticipo a la Contratista, tanto en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que prescribe:

«Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.»

De la misma forma, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en su Artículo 76 prescribe:

⁹¹ Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado No. 07336, cuyo extracto está publicado en el Registro Oficial 746 de 16 de julio de 2012. Su texto íntegro consta en la página web de ese Organismo: www.pge.gob.ec, p. 4.

«**Art. 76.- Recursos Públicos.-** Se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la Ley de la Contraloría General del Estado.

Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados; la normativa aplicable a la gestión de dichos recursos será la que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado, con excepción de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República.»

Ambos Artículos definen a los fondos entregados como Anticipo a manera de recursos públicos. Es más, no dejan de serlo por ser entregados al Contratista y se mantendrán con esta condición hasta ser devengados. Es decir, el Contratista podría considerar que antes que tener un premio o beneficio por haber recibido un anticipo por parte de la Entidad Contratante, deberá considerarlo como una carga que deberá utilizarla en los términos contractuales sin tener el derecho de libre disposición de los recursos entregados. Esta situación presenta una seria obligación con respecto a la garantía que afianza el buen uso de estos recursos puesto que excede el eventual cumplimiento que se esté dando al contrato, más que el uso que se le dé a los fondos recibidos específicamente para el cumplimiento del objeto contractual en la etapa contractual asignada, podría pensarse que no podría el Contratista retener parte de estos recursos por eventuales circunstancias que ameriten utilizar el anticipo si bien para el mismo contrato, y por ende dedicado al objeto contractual, pero no en las condiciones propuestas para su uso.

Sobre el momento en que debería ser efectivizada la garantía, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el fallo que cita el pronunciamiento del Procurador al que antes se ha hecho referencia, expone que

«pretender que (...) la garantía de anticipo solo puede ser efectivizada cuando existe una previa declaración unilateral de terminación del contrato es un serio error (...) **Es así que siendo destinada dicha garantía a asegurar el buen uso de anticipo la misma bien podría ser ejecutada cuando el contratista, a pesar de encontrarse cumpliendo a cabalidad el objeto del contrato principal, sin embargo hubiere utilizado el valor del anticipo en fines distintos de aquel para los cuales este fue concebido, circunstancia esta que como se verá de ninguna manera obliga que se haya declarado la**

terminación unilateral del contrato para que se haga efectiva la garantía como se pretende.»⁹²

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil, dentro de los argumentos presentados a la Procuraduría General del Estado, afirma que:

«... si bien la regla general, y por ende lo común, es que la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo se realice luego de concluido el contrato por incumplimiento del contratista, atenta la naturaleza y amplitud del objeto de la garantía de buen uso del anticipo, es posible que la misma se ejecute válidamente sin que sea requisito indispensable para tal ejecución la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista. Por lo mismo, en mi concepto es jurídicamente posible solicitar la ejecución de una garantía de buen uso de anticipo, entre otros, por no haberse devengado el anticipo de un contrato de obra que por razones técnicas se ejecutó en menos cantidad que la prevista originalmente, anticipo no devengado que, una vez requerido en la parte proporcional por la entidad contratante, no es devuelto oportunamente por el contratista, sin que sea necesario que la entidad contratante de por terminado unilateralmente el respectivo contrato.»

Uno de los argumentos del Pronunciamiento, por parte de la Procuraduría General de Estado, es que:

«La liquidación del anticipo se puede efectuar antes de la terminación del contrato, con la finalidad de determinar el valor en que ha sido devengado y reducir en forma proporcional el valor de la garantía; o, para devolver la garantía, aún cuando el plazo del contrato no hubiera concluido, si durante la ejecución del contrato el anticipo hubiera sido totalmente amortizado.»⁹³

Una de las conclusiones del Pronunciamiento de Procuraduría con respecto al momento del proceso contractual en el cual la Entidad Contratante tendría la potestad de ejecutar la garantía, expone:

⁹² P. 3 del Pronunciamiento.

⁹³ P. 5 del Pronunciamiento.

«(...) en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo (...).»⁹⁴

Con los argumentos antes expuestos sobre el momento oportuno en el cual la Entidad Contratante podría ejecutar la garantía del Anticipo, se deduce que: No es necesario que la Entidad Contratante haya tenido que resolver la terminación unilateral del contrato para que sea ejecutable o sujeto a liquidación el anticipo; no implica el ejecutar esta garantía terminar el contrato puesto que la naturaleza del aval solicitado se aleja del afianzar las obligaciones contractuales puesto que su real objetivo es la procura de los recursos públicos entregados, recursos públicos entendidos como los define el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el Artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; pienso que el Contratista, como antes lo mencioné, debería considerar al anticipo como una carga que le deba urgir devengarla puesto que no son fondos en los que existe una tradición para hacerse de estos su dueño sino que, por el contrario, es liquidez que la Administración ha concedido si cabe el término "prestar" para que lo contratado se ejecute de la manera más eficiente posible siendo de orden público la necesidad contratada.

3.3 Adquisición de ciertos bienes que requieren de Garantía Técnica

Esta garantía es requerida como documento indispensable para la suscripción de «contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquellas provisión o instalación de materiales (...) con la finalidad de asegurar la calidad y buen funcionamiento de los bienes (...) Estas garantías se caracterizan por ser independientes, es decir subsistirán luego de cumplida la obligación principal; y, en caso de imposibilidad para presentar esta garantía, el

⁹⁴ P. 9 del Pronunciamiento.

contratista está en la obligación de entregar una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse (...)»⁹⁵

De lo citado anteriormente, la garantía técnica puede presentarse como garantía de fábrica o a través de las formas que establece el Artículo 73 de la Ley en concordancia con el Artículo 76 inciso tercero: «Art. 76.- (...) De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.»

En el caso de contratos de adquisición de bienes normalizados, no normalizados, vehículos, y en general todo bien que el Estado adquiera que sea susceptible de presentar fallas o vicios redhibitorios. Es interesante como esta garantía es importante tomarla en cuenta para la Entidad Contratante en contratos que pueden al parecer no presentar inconveniente alguno al momento de su entrega recepción, es más, puede presentarse en contratos en procesos simples con cuantías ínfimas hasta contratos que contemplen realizar construcción, equipamiento y operación.

Por ejemplo, puede llegarse a contratar el mobiliario para un nuevo ministerio; el Contratista presenta una póliza como garantía técnica por la totalidad de bienes adquiridos por la Entidad; se acuerda entregar el mobiliario en tres etapas; puede darse el caso que encontrándose en la segunda etapa del contrato parte del mobiliario entregado en la primera etapa resulta tener vicios ocultos que provocan que la Entidad decida ejecutar la garantía en la proporción que resulta de los bienes afectados; el Contratista continúa con la ejecución del contrato pero habiendo sido parcialmente ejecutada la garantía, sin que esto tenga la consecuencia de terminar unilateralmente el contrato.

Los casos planteados son situaciones contractuales que pueden darse en el día a día dentro de los procesos de compras públicas que realiza el Estado. Si bien muchas veces los ejemplos pueden parecer forzados, las situaciones y condiciones que pueden llegar a envolver un proceso contractual hacen que, tanto la Contratante como el Contratista, en caso de existir controversias entre ellos que puedan tener solución en la vía administrativa, mientras se ejecuta

⁹⁵ Antonio José Pérez y otros, Op. Cit, pp. 334-335.

el contrato, hace que sea innecesario que se tenga que esperar hasta la terminación del mismo para dar solución, si es que para ese momento la hay.

No siempre se llegará a un acuerdo que satisfaga completamente a las partes, pero si se llega al término del contrato con esta clase de imprevistos contractuales resueltos por las partes al haber planteado un recurso administrativo que permita a la Contratista exponer sus puntos de hecho y derecho, sin que este recurso permita o suponga la interrupción en la ejecución del contrato, será de beneficio no sólo de la Contratista sino de la Entidad Pública que habrá cumplido con su cometido en el tiempo previsto y resguardando los intereses públicos.

El hecho de que se tenga una decisión pronta a esta clase de tropiezos asegura el no crear falsas expectativas que puedan resultar en inconvenientes en la liquidación del contrato y que supongan medidas de terminación de la relación contractual y un eventual proceso contencioso administrativo.

3.4. Procedimiento de Ejecución de Garantías

El Artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece las condiciones en que deberán ser ejecutadas las garantías establecidas tomando en cuenta que éstas son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato. Bajo esta presunción de derecho en el que han sido envueltas las garantías los bancos, instituciones financieras o las aseguradoras que conceden los avales a los Contratistas, renuncian a su habitual proceder en la determinación de contingentes que provoquen el cobro de las garantías; esto implica que en base al procedimiento establecido en la LOSNCP y su Reglamento para que la Entidad Contratante emita una Resolución de terminación unilateral, a la que preceden los informes respectivos, y que da lugar al requerimiento de ejecución de las garantías, que será el documento y procedimiento legal para que los garantes empiecen a realizar el proceso al interior de su institución sin tener resultado diferente al de ejecutar la garantía a favor de la Entidad Contratante.

Reflexionando sobre esta característica de las garantías de ser «incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato», se puede decir que es una medida que el Estado ha impuesto a los Contratistas y a las instituciones que otorgan avales a favor de estos. Se podría plantear que

la ejecución de las garantías no está sujeta a reclamo o suspensión en caso de ser injusta la medida tomada por la Entidad Contratante de ejecutar la garantía, una vez que, dentro de los 10 días término que el Artículo 95 de la LOSNCP concede para que la Contratista justifique la mora o remedie el incumplimiento, la Contratante está facultada para terminar unilateralmente en caso de no considerar satisfactoria la respuesta del Contratista. Eso quiere decir que el Contratista no tiene vía de reclamo administrativa frente a la resolución de terminación anticipada y unilateral más que la judicial ante el Tribunal contencioso Administrativo, toda vez que la LOSNCP únicamente establece recurso administrativo en la etapa precontractual.

Si planteamos un caso hipotético en el cual la Entidad Contratante ha decidido por motivos de mal manejo del anticipo por parte de la Contratista ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, me pregunto si cabría la posibilidad de reclamar administrativamente esta situación sin que necesariamente sea obligatorio esperar a la liquidación del contrato, ya que esta limitación que tienen las aseguradoras e instituciones financieras de no poder revisar la factibilidad de ejecutar a favor de la Contratante la garantía, es justamente el detrimento que se genera automáticamente contra la Contratista ante la petición de la Entidad si ésta no fuere debidamente motivada. En esa situación el Contratista debería tener el derecho de demostrar en sede administrativa sus argumentos tanto fácticos como legales que permitan impugnar la decisión de la Entidad, antes de que se ejecuten las garantías.

En un proceso de contratación integral por precio fijo el cual tenga un tiempo considerable de ejecución, en el que no se limite únicamente a la construcción de obra civil sino también el equipamiento de mobiliario así como de maquinaria, presenta una situación compleja en cuanto a garantizar todas las fases del contrato así como el solicitar garantías por anticipo, fiel cumplimiento del contrato y garantía técnica, la cual en el transcurso del período contractual puedan tener fechas de renovación y de posible ejecución lejanas a la fecha de entrega definitiva del proyecto contratado. Considerando las circunstancias expuestas puede darse el caso en que los anticipos entregados no hayan sido devengados en la forma establecida en el contrato y que este sólo cubra la mitad de la obra y el resto sea contra planilla presentada, es decir un grave problema a la liquidez del Contratista en caso de ser ejecutada y que debería esperar a la liquidación del contrato para que la Entidad decida la porción de la garantía que debe ser

devuelta; o el tener que entregar el mobiliario y siendo una cantidad considerablemente alta de bienes muebles a entregar se dispone dividir estas en tres entregas, el Contratista ha entregado una garantía técnica no de fábrica sino por el costo total de los bienes a través de póliza. Suponiendo que se encuentran en la segunda entrega y el fiscalizador encuentra fallas en varios muebles entregados y ejecuta esta garantía, cuándo sería el momento oportuno para que el Contratista reclame sus derechos sin que deba esperar a la liquidación del contrato.

¿Por qué no es el momento oportuno para determinar responsabilidades el momento de liquidar el contrato? Dejando como conclusión que no es necesario el terminar un contrato para que pueda ser ejecutada una garantía, el hecho de dejar en el aire una posible sanción al Contratista, generará una incertidumbre en cuanto al beneficio económico que pueda lograr por el trabajo hecho, situación incómoda y desmotivadora para el Contratista que se encuentra atado de manos y no tiene ninguna herramienta jurídica para reaccionar ante esta incertidumbre que eventualmente se puede convertir en una pérdida económica, que no se determinó anteriormente para poder realizar los cambios necesarios.

En definitiva, el momento oportuno en el cual el Contratista pueda accionar su derecho de petición debe ser al existir condiciones adversas dentro de la ejecución del contrato que puedan llegar a un conflicto que tenga consecuencias como una posible terminación del contrato o la ejecución de una garantía en cualquier momento dentro de la ejecución del contrato

3.5. Derecho Constitucional de Petición y Casos No Previstos por la Administración

La Constitución de Montecristi establece el derecho de petición, entendiéndose a éste como la facultad o el derecho que tienen los administrados a presentar quejas o peticiones a la Administración. El Artículo 66 numeral 23 de la Constitución prescribe: «Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.» El alcance jurídico que se le puede dar a esta norma constitucional es el dar a los administrados un mecanismo para acudir a las entidades u organismos públicos sin

necesidad que medie una norma o procedimiento interno que pueda desmerecer o declarar improcedente la solicitud de los ciudadanos.

Es interesante incorporar estos elementos neoconstitucionales que en cierta medida transgreden o se salen de los parámetros tradicionales de control y ejecución de la labor administrativa del Estado bajo el imperio de las normas legales, pues si bien la norma constitucional es jerárquicamente superior a cualquier Ley que aplique la Administración Pública, la tradición del servicio público en sus servidores e instituciones de control hace que muchas veces se deje de lado esto que establece la Constitución permitiendo considerar la aplicación directa de principios constitucionales, de manera que no sea la Ley la única fuente que legitime su actuar, sino que conjugados estos elementos permitan al órgano administrativo tener un marco jurídico que favorezca la toma de decisiones; tal vez pueda parecer que salen del contexto legal pero se legitiman con la aplicación directa de preceptos constitucionales.

Dejando sentada la base constitucional que permite a los ciudadanos presentar quejas o peticiones que deberán ser contestadas obligatoriamente por la Administración de manera motivada, nos queda por analizar cuál podría ser el alcance de esta norma constitucional a las pretensiones de esta tesis.

El autor argentino Juan Francisco Linares se refiere al «Caso Administrativo No Previsto», en su obra de igual nombre, haciendo una aproximación del significado del conjunto normativo que puede tener un país, desde la división del derecho público y privado a partir de la expedición y desarrollo de un derecho nuevo como el Administrativo que necesitó evolucionar y apoyarse en el derecho común para sustituir sus vacíos que eventualmente serían suplidos por norma jurídica pero que nunca significó que ante la falta de norma administrativa la autoridad se quede sin administrar.

Linares citando un extracto del caso «Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional» del Alto Tribunal argentino dice:

«Que las reglas de los arts. 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo, sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una

construcción jurídica en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de los que constituye la substancia de ésta última disciplina.»⁹⁶

Esta afirmación la hace refiriéndose a la aplicación que puede tener el derecho privado en las relaciones públicas, de ser necesario, por motivos de justicia.

Refiriéndose al proceso esquemático de la constitución del derecho administrativo como derecho de excepción, a manera de resumen menciona Linares que la estructuración orgánica administrativa en sus inicios (orígenes) carecía de normas que materialmente sean administrativas y las escasas que se emitían eran referentes a la competencia de las Instituciones teniendo que apoyarse y aplicar las normas de derecho común (civil, penal, mercantil, procesal), normas que eran supletorias al especial administrativo en proceso de crecimiento normativo a través de la casuística que generaban las respectivas Instituciones a cargo. En este proceso se dan los primeros fraccionamientos con el derecho común en este sentido:

«(...) los órganos administrativos, los jueces y la doctrina advirtieron pronto que la aplicación lisa y llana de aquellas normas civiles no era acertada para ciertos casos de Derecho Administrativo, por dos razones: a) a veces el substrato de conducta del caso no era el mentado por las leyes comunes, como cuando se afirman con razón que las normas sobre familia no son aplicables a las relaciones entre el Estado y sus agentes; b) otras veces, en ciertas situaciones, porque a pesar de que el substrato de conducta del caso y el de la ley común fueran semejantes, por el sentido axiológico-jurídico del caso y el de la ley común, la aplicación de aquella consumiría una injusticia (...)»⁹⁷

El nacimiento del derecho privado, en general, tenía el objetivo de facilitar la convivencia de los ciudadanos de manera que puedan desarrollarse de manera pacífica el normal convivir en los pueblos, ciudades y metrópolis que empezaron a emerger. Empezaron a suscitarse relaciones familiares, comerciales y hasta financieras que revestían una mayor complejidad que necesitaba de control pero que su objetivo era permitir que la norma y los principios fundamentales del

⁹⁶ Juan Francisco Linares, *Caso Administrativo No Previsto*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 28

⁹⁷ Juan Francisco Linares, Op. Cit., pp. 98-99

derecho (civil) se interpongan en estas relaciones entre privados y que la Administración (en su forma más básica hasta las más complejas) quede al margen simplemente dejando expuesta una normativa la cual, de ser incumplida, serviría para que el afectado pueda reclamar sus derechos, de no ser el caso simplemente se dará la relación jurídica y terminará de la forma acordada sin ser sujeta a control.

En el momento en que se crea el Estado de Derecho y nace el derecho administrativo, se crea un nuevo enfoque en la convivencia entre «rey y súbdito», pasando el Poder al servicio de los ciudadanos.

Dicho esto y haciendo referencia con lo mencionado anteriormente sobre el objeto y permanencia del derecho privado en la sociedad,

«la aplicación directa o la subsidiaria de los códigos comunes no siempre se compadecía con los intereses de la comunidad, ni era conciliable con ciertas necesidades de la Administración. Es decir, al estimar los hechos administrativos que había que subsumir en las normas civiles, y cotejar los resultados de tales estimaciones de sentidos, con las resultantes de la aplicación de las normas sobre hechos civiles, se observaban que a veces eran axiológicamente diferentes. Es decir, que la justicia como orden, seguridad, etc., que "quería" la norma civil aplicar, in genere, no era vivida en las evaluaciones específicas que hubieran resultado de los hechos o conducta administrativa que debía subsumirse (...) En consecuencia, gran parte de la conducta humana administrativa quedó como un conjunto de "casos no previstos", planteándose la necesidad de resolver esos casos mediante la búsqueda, en la totalidad del orden jurídico o del derecho estatal, de la norma general aplicable. Si quisiéramos resumir en pocas palabras el proceso descrito, diríamos que el Derecho Administrativo no legislado se formó por eliminación político-jurídica del derecho común, previa declaración implícita, fundada en razones estimativas, de que ese derecho no respondía a las valoraciones jurídicas dominantes en la comunidad (...).»⁹⁸

Mientras que,

⁹⁸ Juan Francisco Linares, Op. Cit., pp. 99-101

«el Derecho Administrativo toma preferentemente en cuenta los "intereses públicos" o "el servicio público", es un modo de decir que en ciertas normas referentes a la conducta administrativa se evalúan los contenidos dogmáticos de ella y se valora el caso en función del valor justicia como orden o paz, seguridad o poder (...) la comprobación de que una norma legal no satisface evidentemente exigencias axiológicas de índole jurídica, y por eso no es aplicable, es necesario concluir que si hay en el mismo orden jurídico otra norma legal que satisfaga esas exigencias con posibilidades sistemáticas, esté donde esté, se la debe aplicar... ».⁹⁹

Satisfacer las necesidades que se le ha impuesto a la Administración supone reconocer axiomas que puedan llegar a favorecer la falta de reglamentación ante un eventual "caso no previsto".

«Es considerado un axioma que ni el orden jurídico ni la legislación presenten casos no previstos o lagunas (...) Autores como Geny, no admiten la existencia de este axioma o lo consideran mera ficción, lo hacen porque entienden que las leyes no pueden prever todos los casos, y entonces es forzar la ley y provocar a veces consecuencias de monstruosa injusticia aplicarlas a especies de hechos que no están mentados por ella (...) Lo cierto es que, como esos autores creen que interpretar la ley no es más que extraer su único sentido y no "crear" racionalmente, dentro de ciertos límites, derechos (creación dentro de la subsunción), tratan de buscar fuera de la ley, y por razones axiológicas, lo que creen no encontrar dentro de ella.»¹⁰⁰

Habría que limitar el alcance en el que se menciona a la creación de derecho, teniendo como punto de partida que el sólo sentido de aplicar la ley por el administrador implica un cierto grado de creación por ser aplicado en un caso específico sobre un «derecho individualizado hasta cierto punto dentro de la subsunción lógica respecto del orden jurídico.»¹⁰¹ Es decir el hecho de crear no significa reformar la norma existente sino dar el alcance correspondiente a la situación específica que la norma prevea de manera general. Lo que da lugar a pensar en la posibilidad de que a falta de norma o ante una norma incompleta refiriéndome a la posible solución a un

⁹⁹ Juan Francisco Linares, Op. Cit., p. 102.

¹⁰⁰ Juan Francisco Linares, Op. Cit. p. 31-32

¹⁰¹ Juan Francisco Linares, Op. Cit., 1976, p. 35

problema concreto, sea aplicada una norma de manera análoga puesto que el derecho aplicable existe pero no ha sido extendido a todas las posibilidades fácticas de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, razón por la cual la normativa se queda corta pero en este momento debe juntarse la norma, los fundamentos administrativos y constitucionales, así como el axioma de imposibilidad de que la norma pueda abarcar todas las relaciones de la Administración, sin llegar a salir, en muchos casos, de la materia administrativa.

«El proceso de la creación del derecho desde la Constitución hasta desembocar en el hecho más concreto de ejecución (pago de una deuda, barrido de una calle, etc.), se realiza mediante el procedimiento lógico de la interpretación lato sensu que comprende la "creación dentro de la subsunción" a que antes nos referíamos, y también la explicitación de normas generales para casos no previstos. En todo ese proceso que es "conducta" compartida, va necesariamente supuesta la forma lógico-normativa de "deber ser", ingrediente formal y a priori del derecho, los contenidos dogmáticos positivos y además los sentidos valorativos bilaterales inherentes a la conducta humana compartida. A través de esas valoraciones, y no en otra forma, se introduce lo que se ha dado en llamar "política jurídica" en la producción del derecho.»¹⁰²

De este proceso de "creación" por subsunción de norma, la rigidez de la norma administrativa, que tiene su razón de ser pero todo exceso limita al Administrador en su actuar, habla Linares en el sentido

«Del ritualismo de los "principios".- La exageración de esa postura intelectualista o formalista lleva a veces a tales extremos de ritualismo, que desconoce palmariamente las bases mismas de su existencia... y es ello justificable porque ante el silencio de nuestras leyes administrativas (caso no previsto), por valoraciones de poder y seguridad **es acertado que en nuestro país no tenga el órgano administrativo que recurrir a los tribunales para ejecutar ciertas contadas decisiones y que el acto administrativo se presuma lícito.**»¹⁰³ (La negrilla, cursiva y subrayado me pertenece)

¹⁰² Juan Francisco Linares, Op. Cit., p. 97

¹⁰³ Juan Francisco Linares, Op. Cit. p. 114

Ahora viéndolo desde el punto de vista en el cual la Administración se encuentra no sólo obligada a receptor peticiones o solicitudes de los ciudadanos sino de responder motivadamente, como deber de ésta,

«el órgano administrativo, lo mismo que el juez, no puede negarse a ejercer sus funciones administrativas so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no porque lo diga o no lo diga un texto legal expreso, sino porque la necesidad de ejecutar la ley como administrador (administrar) deriva de la propia contextura lógica de la norma que estructura la conducta de ese sujeto de derecho llamado administrador (...) El solo carácter de administrador supone por necesidad ineludible que "administre", aplicando la ley bien o mal, pues la ilegitimidad en el obrar o la sola abstención de obrar del administrador son ya modos de conducta que serán legítimos o ilegítimos, pero siempre jurídicos.»¹⁰⁴

En este sentido cabe preguntarse: ¿qué resulta más peligroso para la Administración? la falta de acción de sus órganos por inexistencia de norma específica o la acción de "administrar" sin ley o reglamentación concreta pero fundamentada en la razonable aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico para resolver un caso particular. El control de esta clase de actuaciones tendría que balancear el ejercicio lógico-jurídico versus la discrecionalidad otorgada al órgano administrativo. Mi opinión es que este ejercicio debe ser excepcional puesto que es absolutamente necesario mantener una generalidad en las actuaciones administrativas que respondan a la legalidad requerida para su efectivo control.

Para terminar este capítulo, quisiera resaltar la importancia del Derecho y su fin último, no hay que olvidar que una norma no responde a los intereses jurídico-doctrinarios del Derecho para ser motivo de su creación, sino que el Derecho debe estar al servicio de los Administrados con lineamientos claros que permitan a la Administración "administrar" apegado a la norma pero sobre todo a la necesidad de la colectividad; a buscar soluciones cuando la Ley haya olvidado una situación que no sea el negar o declarar improcedente; que el orgánico funcional de cada Institución y las normas que se les aplica por parte de la Contraloría General del Estado revista de capacidad jurídica para enfrentar los casos no previstos con alcances a los fines y objetivos

¹⁰⁴ Juan Francisco Linares, Op. Cit. pág. 38

institucionales en los cuales recaerá el preservar los intereses ciudadanos; y por último, que el Derecho no se convierta en su propio final, que por el contrario recuerde que la justicia es su fin último.

El resumen general expuesto presenta una visión del Derecho Administrativo que escapa de la rigidez legal que es característica en la vida de la Administración. En la teoría analizada, se contraponen la necesidad del control de las actuaciones de la Administración versus la solución eficaz de situaciones en las que se pueda aplicar en forma objetivamente ponderada, normas que no son absolutamente concretas para un caso particular por parte del órgano administrativo. Vuelvo a recalcar que el control que impone la Administración en el actuar de sus órganos parece olvidar sus orígenes idealistas de servicio al ciudadano y el bien común.

CAPÍTULO IV - LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. Introducción

El presente capítulo buscará contrastar las legislaciones de Costa Rica, Colombia y Chile en cuanto a lo que prescriben sus cuerpos normativos que tratan la ejecución de garantías y su procedimiento legal, considerando las vías del debido proceso y derecho a la defensa establecidos a favor de los contratistas en los respectivos ordenamientos jurídicos de esos Estados.

4.2. Legislación de la República de Costa Rica

La Ley (7494) de Contratación Administrativa de Costa Rica, de 2 de mayo de 1995, establece en su Artículo 14 la facultad de la Administración de ejecutar las garantías correspondientes a la Contratista en caso de existir incumplimiento, previa audiencia, como así lo prescribe:

«**Artículo 14.-** Derecho de ejecución de garantías.- Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.»

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, de 16 de mayo de 2007, en cuanto a ejecución de garantías establece que se observe el mismo «debido proceso administrativo» para los casos de ejecución de garantía de participación como de cumplimiento del contrato, variando únicamente los plazos, siendo los del procedimiento de ejecución de garantía de participación menor que el de cumplimiento del contrato (Artículos 39 y 41 respectivamente). Este formato de garantías es similar al de la derogada Ley de Contratación Pública de nuestro país en la que se solicitaba la garantía de seriedad de la oferta como la de cumplimiento del contrato, esta primera eliminada con la Ley vigente.

En concordancia con la ley, en ambos casos se establece una audiencia en la cual la Contratante dará a conocer los motivos de su decisión y corre traslado para que la contratista tenga el plazo oportuno para presentar sus pruebas de descargo; una vez culminado este plazo la

Contratante tendrá un plazo para decidir si ejecutar o no las garantías en base a las razones y pruebas de descargo de la contratista. Esto se lo encuentra prescrito en los Artículos 39 y 41 de la siguiente forma:

«Artículo 39. —Ejecución de la garantía de participación. La garantía de participación se ejecutará en aquellos casos en que el oferente incumpla sus obligaciones. Son causales de ejecución, entre otras, las siguientes:

- a) Que se retire una oferta, que no ha sido excluida del concurso.
- b) Que se deje de contestar en tiempo, de manera injustificada, una prevención de la Administración sobre un aspecto trascendente.
- c) Que se brinde información falsa.
- d) Que quien cotice esté cubierto por una causal de prohibición.
- e) Que el contratista, de manera injustificada, se niegue a suscribir el respectivo contrato; brindar la garantía de cumplimiento o bien a satisfacer otros requisitos necesarios para que el contrato sea eficaz.

De previo a ejecutar la garantía, la Administración dará audiencia por el plazo de tres días hábiles al oferente sobre la causal imputada señalando los hechos concretos y las respectivas pruebas. Vencido ese plazo y dentro de los cinco días hábiles siguientes, la Administración deberá resolver motivadamente, refiriéndose de manera expresa a los argumentos invocados por el interesado.

En caso de que la Administración no haya dictado el acto de adjudicación en el plazo original más la eventual prórroga, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta y a que se les devuelva la garantía de participación sin que le resulte aplicable sanción alguna.» (El subrayado me pertenece)

«Artículo 41. —Procedimiento para ejecución de garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento se ejecutará, parcial o totalmente, hasta por el monto necesario

para resarcir a la Administración, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.

La garantía podrá ejecutarse por demora en la ejecución del objeto contractual, en el evento de que no se haya pactado una cláusula penal por ese motivo; en caso contrario se procederá a la ejecución de ésta última.

La ejecución de la garantía de cumplimiento o la aplicación de la cláusula penal por demora o ejecución prematura, no exime al contratista de indemnizar a la Administración, por los mayores daños y perjuicios que no cubran esas garantías.

Si ejecutada la garantía, el contrato continúa en ejecución, la Administración, deberá solicitar al contratista su inmediata restitución en las condiciones pactadas.

De previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración, deberá dar audiencia al contratista por cinco días hábiles, a efecto de que éste pueda ejercer su derecho de defensa.

En el traslado deberá indicarse el presunto incumplimiento, las pruebas en las que se fundamenta el reclamo, la estimación del daño y el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía.

Vencido el plazo para contestar la audiencia, la Administración contará con un plazo de hasta diez días hábiles para emitir una resolución razonada que deberá hacer expresa consideración de los argumentos formulados por la parte interesada en su descargo.

Si ejecutada una garantía el monto resulta insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la Administración, podrá aplicar el monto de las retenciones del precio que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes. En todo caso, la ejecución de las garantías, no excluye el cobro en vía judicial de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con el incumplimiento, del oferente o del contratista, si éstos fueran mayores a los montos cobrados en vía administrativa. » (El subrayado me pertenece).

El Artículo 204 del Reglamento antes mencionado prescribe la potestad de la Administración de dar por terminado el contrato por incumplimiento de la contratista y de

ejecutar las garantías y multas pertinentes, así como medidas administrativas y judiciales en caso de no ser suficientes las garantías y multas para cubrir la respectiva indemnización.

«**Artículo 204. —Resolución contractual.** La Administración, podrá resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento imputable al contratista. Una vez firme la resolución contractual se procederá a ejecutar la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, si ello resulta pertinente, sin ningún procedimiento adicional. En el evento de que la Administración haya previsto en el cartel cláusulas de retención, se podrán aplicar esos montos al pago de los daños y perjuicios reconocidos. De ser las garantías y retenciones insuficientes, se adoptarán las medidas en sede administrativa y judicial necesarias para obtener la plena indemnización.»

Por otro lado, el Artículo 205 describe el procedimiento de Resolución contractual por parte de la Administración, con similares etapas de procedimiento a las de ejecución de garantías antes mencionadas pero con plazos distintos. Lo interesante de éste Artículo es que frente a la Resolución Final se pueden interponer recursos administrativos ordinarios que según los Artículos 342 y 343 de la Ley de la Administración Pública de Costa Rica, son los recursos de reposición y apelación, teniendo estos las mismas características que los recursos administrativos de reposición y apelación establecidos en el ERJAFE.

«**Artículo 205.—Procedimiento de resolución.-** Una vez sea documentado preliminarmente el incumplimiento, la Administración emitirá la orden de suspensión de éste y dará al contratista audiencia por el plazo de diez días hábiles indicando los alcances del presunto incumplimiento; la prueba en que se sustenta; la estimación de daños y perjuicios; la liquidación económica, así como la respectiva ejecución de la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, todo lo cual se ventilará en un mismo procedimiento.

El contratista atenderá la audiencia refiriéndose a la causal invocada y a los cálculos económicos, aportando la prueba respectiva. En caso de no compartir los montos a cancelar deberá exponer sus propios cálculos acompañados de prueba pertinente. En el evento que acepte la causal y liquidación hecha por la entidad, la Administración dictará de inmediato la resolución correspondiente.

Una vez vencido el plazo de la audiencia, la Administración deberá determinar si requiere prueba adicional o bien disponer las medidas necesarias para valorar la prueba aportada por el contratista. En caso positivo y dentro del plazo de cinco días hábiles se formularán las respectivas solicitudes, incluidos peritajes e inspecciones.

Evacuada la prueba, se conferirá audiencia al contratista por cinco días hábiles. Vencido ese plazo, la Administración contará con un mes calendario para emitir la resolución. En caso de no requerirse prueba adicional, la Administración deberá resolver el contrato un mes después de vencida la audiencia conferida al contratista.

La resolución final tendrá los recursos ordinarios previstos en la Ley General de la Administración Pública.

Una vez emitida la orden de suspensión del contrato, la Administración podrá contratar directamente los trabajos faltantes a fin de concluir la obra o también proveerse del bien o servicio, si la Contraloría General de la República así lo autoriza, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a autorizaciones otorgadas por dicho Órgano.» (El subrayado me pertenece)

Algo interesante en la normativa citada es que se presentan dos escenarios en los que se da una especie de recurso administrativo (Especie porque lo denomina "audiencia al contratista"): el primero, en caso que la Administración decida ejecutar garantías las cuales pueden plantearse para ser cobradas parcial o totalmente, no suponen una intromisión en la ejecución del contrato ni su terminación unilateral, situación que en la LOSNCP no ocurre puesto que la ejecución de garantías se encuentra relacionada principalmente con la terminación del contrato y, por el contrario, su finalidad se aleja de asegurar la devolución de las condiciones pactadas del contrato lo que explicaría el por qué únicamente se exige la totalidad de la garantía; el segundo, ante la decisión preliminar de terminar unilateralmente el contrato y ejecutar garantías, se procede a suspender la ejecución del contrato para dar paso a este recurso administrativo el cual determinará los fundamentos legales y fácticos para su terminación definitiva o su continuación. La norma incluye la posibilidad de solicitar peritajes de ser necesario dentro del proceso administrativo lo cual reviste de importancia a la vía administrativa dándole un carácter que muchas veces solo lo tiene la vía judicial. Por el contrario, en la

LOSNCP y su reglamento no existe recurso administrativo alguno tanto para la ejecución de garantías como para la terminación unilateral del contrato.

En concordancia con lo mencionado en cuanto a la posibilidad de interponer recursos ordinarios sobre la Resolución Final del órgano administrativo, la Ley de la Administración Pública de Costa Rica en su capítulo referente a los Recursos Ordinarios establece los mencionados recursos ordinarios, siendo estos los de reposición y apelación.

«**Artículo 342.-** Las partes podrán recurrir contra resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales, en los términos de esta ley, por motivos de legalidad o de oportunidad.»

«**Artículo 343.-** Los recursos serán ordinarios o extraordinarios. Serán ordinarios el de revocatoria o de reposición y el de apelación. Será extraordinario el de revisión.»

La última reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública modifica los Artículos 102 y 103 sustituyéndolos e incluyendo un recurso de reposición y otro de apelación diferenciándose de los establecidos en la Ley costarricense en que nuestra ley los aplica únicamente en la etapa precontractual dejando de lado la etapa de ejecución contractual (con la sola excepción de la impugnación de multas que prevé el artículo 71 de nuestra ley), quedando desamparado el Contratista.

Como conclusión, la legislación costarricense establece claramente los procedimientos de ejecución de garantías, establece un proceso uniforme para la ejecución de la garantía de cumplimiento contractual, la garantía de participación y la resolución contractual, diferenciada por sus respectivos plazos dejando a la contratista un plazo para presentar sus pruebas de descargo y estableciendo un plazo para que la Administración dicte su Resolución final. El hecho que deje salvo el derecho de los contratistas que frente a la resolución final del contrato sea posible el interponer recursos administrativos como el de reposición y apelación, permite al contratista tener la oportunidad de justificar de mejor manera su aparente incumplimiento, de ser el caso.

4.3. Legislación de la República de Colombia

La legislación colombiana en su Reglamento aplicable al Sistema de Compras y Contratación Pública, del 17 de julio de 2013, determina el procedimiento administrativo que debe aplicar la Entidad Contratante para hacer efectiva la garantía frente al contratista y su garante por haberse configurado un siniestro que lo justifique:

«**Artículo 128. Efectividad de las garantías.**- La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.»

La Ley 1150 de Julio 16 de 2007, que modifica la Ley 80 de 1993 y dicta otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos. En su Artículo 17 establece el derecho al debido proceso que tiene el contratista previo a la imposición de multas o cláusula penal:

«**Artículo 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.»

La norma colombiana establece como principio rector el debido proceso para cualquier clase de sanción pecuniaria hacia el Contratista. Si bien la LOSNCP expresamente no proclama este principio, se lo entiende incorporado como principio constitucional y para la imposición de multas se prevé un mecanismo de impugnación en vía administrativa en el Artículo 71.

El Estatuto General de la Contratación Pública (4828) de 2008, en cuanto al Régimen de garantías en la Contratación colombiana, establece el ámbito de aplicación de las garantías así como lo que va a ser objeto de cobertura:

«Artículo 1.- Campo de Aplicación.- Las disposiciones del presente decreto regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos y (ii) los contratos y de su liquidación, (iii) así como los riesgos a los que

se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

Las normas contenidas en el presente capítulo son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en el presente decreto.»

«**Artículo 2.- Mecanismos de cobertura del riesgo.**-Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de ésta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros, (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el presente decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales.»

Los riegos que afianza la Ley se extienden más allá del mero hecho de garantizar el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato durante su ejecución. Se prevé asegurar la responsabilidad extracontractual así como demás riesgos determinables que pueda suponer la complejidad de una obra. Por otro lado, a diferencia de la LOSNCP solicita garantías contra eventuales perjuicios que los subcontratistas puedan ocasionar a diferencia de nuestra Ley que directamente establece como responsable al Contratista principal siendo intransferible la omisión por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El Artículo 14 del mencionado Estatuto establece que frente a incumplimientos que hayan sido afianzados por cualquiera de las garantías establecidas en el Artículo 2, antes mencionado del Estatuto General de la Contratación Pública colombiana, la Entidad Contratante

deberá respetar el debido proceso antes de pasar a ejecutar cualquier garantía o cobrar multas a través del acto administrativo correspondiente.

«**Artículo 14.- Efectividad de las garantías.-** Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.»

La legislación colombiana establece los lineamientos por los cuales las Entidades Estatales deberán solicitar garantías. Diferencia el ejecutar garantías y cobrar multas como dos procesos separados con sus respectivos procedimientos administrativos previos que deben respetarse antes de la emisión del acto administrativo que decida su cobro o ejecución. Si bien no

especifica cuáles son las etapas que deberá cumplir la Contratante para amparar el debido proceso del contratista, éste se encuentra expresamente establecido como requisito mínimo para proceder a cualquier decisión administrativa.

4.4. Legislación de la República de Chile

La legislación chilena manda la necesidad de presentar garantías por parte de los contratistas para asegurar la seriedad de la oferta así como el cumplimiento del contrato. Este contenido se encuentra en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 20 de junio de 2003:

«**Artículo 11.-** La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Tratándose de la prestación de servicios, dichas garantías deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N° 17.322, y permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos. Los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas.

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

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

Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor.»

Es peculiar que la norma chilena solicite garantía por las obligaciones laborales y sociales que causa el contrato. Si bien la LOSNCP no presenta un texto que regule estos campos, la Administración a través de sus instituciones solicita como requisitos, que deben cumplir los proveedores del Estado ecuatoriano, mantenerse en la llamada "lista blanca" así como la obtención de Certificados de Cumplimiento de Obligaciones lo cual requiere a los proveedores estar al día en sus obligaciones societarias, tributarias, laborales y sociales.

El Reglamento de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su Artículo 72 establece la facultad de la Contratante de ejecutar las garantías pertinentes administrativamente frente al incumplimiento tardío o imperfecto de las obligaciones contractuales por parte de la contratista:

«**Artículo 72.-** Cobro: En caso de incumplimiento del Contratista de las obligaciones que le impone el contrato o de las obligaciones laborales o sociales con sus trabajadores, en el caso de contrataciones de servicios, la Entidad Licitante estará facultada para hacer efectiva la garantía de cumplimiento, administrativamente y sin necesidad de requerimiento ni acción judicial o arbitral alguna.

Lo anterior es sin perjuicio de las acciones que la Entidad Licitante pueda ejercer para exigir el cumplimiento forzado de lo pactado o la resolución del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios. El incumplimiento comprende también el cumplimiento imperfecto o tardío de las obligaciones del contratista.»

El Artículo 79 del mencionado Reglamento establece la publicidad que deberá tener la decisión de terminación o modificación contractual:

«**Artículo 79.-** Resoluciones o Decretos que dispongan la terminación.- Las resoluciones o decretos que dispongan la terminación anticipada del contrato definitivo o su modificación, deberán ser fundadas y deberán publicarse en el Sistema de Información, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas, salvo que concurra alguna de las situaciones señaladas en el Artículo 62 del Reglamento.»

Los cuerpos normativos mencionados no establecen un procedimiento administrativo que indique el amparo al contratista frente a una eventual situación en la que deba ejecutarse

garantías o imponerse multas, simplemente establece la necesidad de ser motivada la decisión y ser publicada. Algo que se debe resaltar es la importancia que la Ley chilena otorga al incumplimiento del Contratista en sus obligaciones laborales y sociales, situación que en Ecuador se da pero bajo otro mecanismo, el cual es preventivo en el sentido de solicitar su cumplimiento previo a adjudicar un contrato.

Como resultado del análisis de las legislaciones costarricense, colombiana y chilena, puedo decir que el hecho de establecer claramente los lineamientos procedimentales que la Entidad Contratante debe cumplir previo a ejecutar cualquier garantía exigida o multa impuesta, reviste de seguridad jurídica al derecho al debido proceso del contratista. Más aún si este derecho se extiende a la posibilidad de reclamar administrativamente por las decisiones de la Administración, situación que difiere de nuestra actual legislación en la cual únicamente existen recursos administrativos establecidos por la LOSNCP para la etapa precontractual dejando sin amparo al contratista en la etapa contractual quedando como alternativa el acudir al órgano administrativo jurisdiccional.

Finalmente, cabría resaltar el desapego de la normativa costarricense a terminar el contrato y ejecutar garantías por darse una situación anormal en el cumplimiento del contrato, sino que por el contrario, si bien lo puede hacer, el afianzamiento del daño causado (ejecución parcial de garantía/s) y el que únicamente se suspenda sí preliminarmente se ha decidido terminar el contrato son motivos por los que se podría concluir que mientras la ejecución contractual pueda seguir (aun habiendo sido ejecutada alguna garantía) y que haya quedado indemne la Administración es correcta esta visión del Derecho en la fase contractual.

4.5. Conclusiones

El análisis de las legislaciones costarricense, colombiana y chilena dejan como resultado algunos puntos interesantes que no se encuentran en la legislación ecuatoriana en cuanto al debido proceso en materia de contratación pública. Este principio es fundamental para proteger los derechos de los proveedores, adjudicatarios y contratistas, debido a que en las distintas etapas del procedimiento de contratación se pueden dar actos de la Administración que afecten directamente sus intereses.

Como concepto básico para tomar en cuenta, en una eventual reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es que se incluya en un párrafo como principio rector al debido proceso que será el punto de partida para incluir recurso administrativo en todas las etapas del procedimiento contractual.

Actualmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador, no se encuentra prescrito recurso administrativo alguno para la fase contractual. Esto supone que el Contratista ante eventuales problemas en la ejecución del contrato deba necesariamente irse a la vía contencioso administrativa, situación que en términos prácticos no llega a solucionar nada, puesto que al llegar a tal instancia el contrato estaría terminado unilateralmente razón por la cual de concederle la pretensión sería una compensación posterior que en nada solucionaría lo ocurrido dentro del procedimiento de contratación. Por esta ejemplificación es imperativa la inserción de la vía administrativa en la fase de ejecución contractual. La legislación costarricense acertadamente separa la ejecución de garantías de la terminación unilateral del contrato. Es interesante esta visión porque es práctica para proteger los intereses de la Institución Contratante y lograr la total ejecución del contrato.

El objetivo de ejecutar garantías debe recaer en volver a equilibrar las condiciones contractuales que quedan sin cumplir de acuerdo a las obligaciones pactadas, no debe ser un medio coercitivo que no brinde una solución más que dejar sancionado al Contratista y al contrato en espera. Por lo que es necesario agregar la vía de impugnación administrativa en la etapa de ejecución contractual y cambiar un poco la visión "punitiva" del uso de las garantías al momento de permitir su ejecución parcial.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el Ecuador, la Contratación Pública tuvo un cambio radical a partir del 2008, año en el que se reforma completamente la Ley que trataba los asuntos de la contratación pública del Estado y se implanta un nuevo Sistema de Compras Públicas al expedirse la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y posteriormente su Reglamento, siendo el ente regulador de la materia el Servicio Nacional de Contratación Pública (anteriormente Instituto Nacional de Contratación Pública).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento reconocen recursos administrativos de reposición y apelación exclusivamente para la etapa precontractual y en la fase contractual en materia de multas. La falta de vía administrativa de impugnación, en la fase de ejecución contractual provoca que, ante incidentes en dicha fase, el Contratista quede desprotegido toda vez que la única posibilidad que tiene de recurrir los actos de la Administración es en vía contencioso administrativa.

El conjunto normativo que trata la materia administrativa en el país carece de un código de procedimiento que pueda considerarse de aplicación general, siendo cada cuerpo normativo que se expide especial para cada materia. El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) continuamente es utilizado para suplir vacíos en la normativa que regula las actuaciones de la Administración Pública Central. Ahora, el problema se origina el momento de querer aplicar una norma jerárquicamente inferior para suplir la falta de norma de una ley con carácter orgánico y especial para la materia como es el caso en Contratación Pública. Considerando que esa Ley especial reconoce la posibilidad de interponer recursos en la fase precontractual y para la imposición de multas, se podría inferir que evita conceder impugnación en vía administrativa en la fase contractual, razonamiento que podría dejar inaplicable la aplicación de un cuerpo normativo de carácter supletorio como es el ERJAFE, con un ámbito de aplicación específico, pues no abarca a todas las entidades del sector público.

La Constitución de la República de 2008, provocó en el Ecuador un cambio de visión político-jurídico llamado neo constitucionalismo. Las implicaciones jurídicas e importancia en la defensa a los derechos ciudadanos más que de los procedimientos, otorga nuevas posibilidades

en la protección de los derechos. El encasillamiento de las formas y de la Ley como referente absoluto del actuar de la Administración cambia, se produce un paradigma al ser la Constitución la norma suprema y de directa e inmediata aplicación. Esta consagración del neo constitucionalismo supone la aplicación de instituciones del derecho constitucional que se insertan automáticamente en la vía jurídica del país. Uno de estos, y el más interesante para los propósitos de este trabajo, es el Bloque de Constitucionalidad. Este Bloque permite una aplicación extendida de normas internacionales al derecho nacional con relación a la defensa de los Derechos Humanos. En tal contexto, la necesidad de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso será objeto de desarrollo jurídico en la normativa internacional como nacional, asegurando que su aplicación sea la más favorable para la efectiva vigencia del derecho.

Dicho esto, cabe resaltar que un recurso administrativo efectivo para la defensa de los intereses de los contratistas en la fase de ejecución contractual es absolutamente necesario para asegurar el derecho a la defensa de éste, así como tener la posibilidad de revisar los actos de la Administración. El fin de entablar una relación jurídica del Estado con los particulares es para cumplir necesidades públicas, objetivo y finalidad que no se debe perder al momento de estructurar un procedimiento contractual que supone para la Administración tener una posición de superioridad (*Imperium*) por sobre los Contratistas traducida en prerrogativas. El Contratista si bien debe cumplir condiciones impuestas por la parte Contratante, éste debe gozar por lo menos de mecanismos que supongan la defensa de sus derechos frente a actos que afecten sus derechos e intereses.

El recurso administrativo que debería aplicarse en la fase contractual para impugnar las resoluciones de la administración tendientes a ejecutar garantías como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, debe tener resultados que beneficien al efectivo cumplimiento de las obligaciones pactadas. Debe concretarse en evitar la producción de daños de difícil o imposible reparación y permitir a las partes continuar con la ejecución del contrato. Razón por la cual me parece necesario el incluir en la legislación, la posibilidad de ejecutar garantías de manera parcial. Es así que, en caso de resolverse el ejecutar garantías pero continuar con la ejecución contractual, la Contratante y la Contratista deberán definir un nuevo cronograma de ejecución; en caso de terminar la relación contractual se notificará a la institución emisora de

la/s garantías para su cobro a favor de la Contratante en las siguientes 48 horas de su notificación.

La legislación comparada aporta elementos interesantes que suponen reconocer recursos administrativos en la fase de ejecución del contrato ante la decisión de la Contratante de dar por terminado el contrato de forma unilateral o ejecutar garantías parcial o totalmente.

Considerando todos los elementos expuestos en este trabajo, me parece necesaria la reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, agregando en su texto la posibilidad de ejecutar parcial o totalmente cualquiera de las garantías presentadas por la Contratista para el cumplimiento del contrato; añadiendo un único recurso administrativo en la fase de ejecución contractual el cual tenga la categoría de extraordinario de revisión el cual deberá ser conocido por la máxima autoridad de la Entidad o su delegado, sugiriendo que para esto el monto de la garantía sea el parámetro a tomar para el conocimiento de la máxima autoridad directamente o sus delegados; las garantías tal como han sido concebidas en la Ley deben mantenerse pero que esto no suponga un impedimento para que el recurso administrativo que se plantea no pueda tener efectos suspensivos hasta ser resuelto, razón por la cual se propone una instancia administrativa única.

Reforma Normativa propuesta:

Art... - Recurso Extraordinario de Revisión.- La Contratista podrá interponer, en la fase contractual, recurso de revisión de los actos o resoluciones que la Entidad Contratante haya expedido. El recurso se deberá interponer ante la máxima autoridad de la Entidad Contratante, en el término de tres días contados desde la notificación del respectivo acto, cuando concurra alguna de las causas siguientes:

- a) Que la Resolución se hubiere adoptado en indefensión del contratista, por absoluta omisión del procedimiento aplicable.
- b) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;

b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate.

La Entidad Contratante en el término de quince días deberá resolver el recurso.

El contratista podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto y sus efectos, inclusive la ejecución de garantías, si aquello causara daños de difícil o imposible reparación. La máxima autoridad de la entidad contratante deberá resolver motivadamente, a petición del contratista, sobre la suspensión de los efectos del acto, en el término de tres días contados desde la interposición del recurso.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Juan Pablo. *Material de Clase Derecho Administrativo*, PUCE, 2008.

BOHÓRQUEZ, Mercedes. *Las Garantías en la Contratación Pública Ecuatoriana*, Tesis, PUCE, Quito, 1989.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 17va. Edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992.

CAICEDO TAPIA, Danilo Alberto, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la constitución*, *Derecho Constitucional Andino*, FORO Revista de Derecho, No. 12, Quito, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOZA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, séptima edición, México, 2005.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª Edición Actualizada, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001.

ESCUIN PALOP, Carolina, *Curso de Derecho Administrativo*, 3a Edición, Valencia, 2005.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XIII, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ Ruíz, Jorge, *Panorama del Derecho Mexicano-Derecho Administrativo*, McGraw-Hill, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Décima Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 15va Edición, CIVITAS EDICIONES, S.L., Madrid, 2011.

GARCÍA-TREVIJANO Foss, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

LINARES, Juan Francisco, *Caso Administrativo No Previsto*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976.

PENAGOS, Gustavo, **Bases jurídico políticas del Derecho Administrativo**: El Consejo de Estado francés, origen del Derecho Administrativo, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C.

PÉREZ, Antonio José y Otros, *Manual de Contratación Pública*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, *El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional*, FORO Revista de Derecho, No. 6, Quito, 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo: Introducción a los conceptos de administración pública y el derecho administrativo*, Tomo I, Colombia.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, 8ª Edición, Actualizada por Daniel Hugo Martins, Fundación de Cultura Universitaria y Clásicos Jurídicos Uruguayos, Montevideo, 2002.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1963.

SECAIRA Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004.

TORRES, Galo, *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito 1996.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6a edición por Juan Rincón Jurado, Editorial Aguilar, Madrid, 2009.

CITAS DE INTERNET

PELLEGRINO Cosimina, *Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Su Objeto ¿Pretensiones Fundadas en el Derecho Administrativo?* Internet. <http://www.zur2.com/fcjp/112/cosimina.htm>, Acceso: 12/05/2012

ARDONA, María Laura, *La Reforma del Estado en materia de Licitación Pública como punto de partida para estimular la participación de oferentes*, Internet. http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos_digitales/72/seminario-3673-la.pdf, Acceso: 14/05/2012.

MORANT VIDAL, Jesús, *Los Contratos Administrativos (I). Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa*, Internet. <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200210-55561730810212721.html>, Acceso: 14/05/2012

IÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth, *Contratos Administrativos*, Internet: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/ca_eis.pdf, Acceso: 02/06/2012.

Sin autor, Internet: <http://abogadosconsultoresebruno.blogspot.com/2010/06/el-contrato-administrativo-y.html>, Acceso: 19/10/12

Diccionario de la Lengua Española, Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=poder>, Acceso: 27/10/13

Diccionario de la Lengua Española, Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=publico>, Acceso: 27/10/13

FERRADA Bórquez Juan Carlos, *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*, Internet. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>, Acceso: 21/08/2012.

RODRÍGUEZ-ARANA Jaime, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Internet. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf, Acceso: 28/08/2012.

Sin autor, Internet: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_86/05Las%20prerrogativas%20de%20la%20administraci%C3%B3n.htm, Acceso: 15/11/13.

PAUTT B Fredy, Bloque de Constitucionalidad, Internet.<http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/10/el-bloque-de-constitucionalidad.html>, Acceso, 11/11/2012.

UPRIMNY Rodrigo, Bloque De Constitucionalidad, Derechos Humanos Y Nuevo Procedimiento Penal, Internet. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, Acceso: 30/11/12

HOYOS Rojas Luís Miguel, El Bloque de Constitucionalidad, Internet. http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-bloque_constitucionalidad.pdf, Acceso: 14/11/2012

GONZÁLEZ María del Refugio, Génesis y Evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano, Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>, Acceso: 29/10/2013, Síntesis de texto de las páginas 145 a la 159.

PÉREZ Pardo Octavio, “Fondos Rotatorios: Una Herramienta para la Lucha contra la Desertificación y la Pobreza en Argentina”, Internet. <http://www.etimos.it/download/compartimos/presentazioni/conosur/Fondos%20rotatorios.pdf>, Acceso. 03/10/12.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República del Ecuador

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial No. 100 Segundo Suplemento del 14 de octubre de 2013)

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP)

Ley de Modernización del Estado

Ley General de Seguros

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado No. 07336 (Registro Oficial 746 de 16 de julio de 2012)

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Costa Rica

Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica

Colombia

Reglamento aplicable al Sistema de Compras y Contratación Pública de Colombia


Estatuto General de la Contratación Pública de Colombia

Chile

Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile



Reglamento de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CADASTRO



Nº. **171813294-5**

CÉDULA DE
CIUDADANÍA
APELLIDOS Y NOMBRES
**MONCAYO AMORES
LEONARDO ANTONIO**
LUGAR DE NACIMIENTO
**FICHINCHA
QUITO**
FECHA DE NACIMIENTO **1989-03-11**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **M**
ESTADO CIVIL **SOLTERO**



INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E-33312222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
MONCAYO ENZO FABRICIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
AMORES MIROSLAVA DEL CARMEN

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2012-05-14**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-05-14



000041249



DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

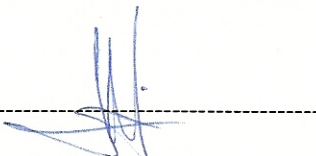
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Leonardo Antonio Morayo, C.I. 1718132945 autor del trabajo de graduación intitulado: Procesos previos a la ejecución de garantías en LOSNCP, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, Febrero 2014



FIRMA Y CÉDULA