



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC**

**FACULTAD:**

**DERECHO Y GOBERNABILIDAD**

**TÍTULO:**

Reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública para fortalecer la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Gestión de las Relaciones Jurídicas

**MODALIDAD DE TITULACIÓN:**

Proyecto de Investigación

**CARRERA:**

Derecho y Gobernabilidad con énfasis en Derecho Empresarial y Tributario

**TÍTULO A OBTENER:**

Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador

**AUTOR:**

Génesis Arianna Mora Martínez

**TUTOR:** Ab. Fabián Orellana

**GUAYAQUIL 2023**

## DEDICATORIA

*Dedico este trabajo a Dios y a la Virgen, por ser un pilar esencial en mi vida a través de los años.*

*A mis padres Alex Mora y Gisella Martínez, por estar a mi lado en cada momento y guiarme en el camino correcto desde que era una niña. Por cada palabra de apoyo, bendiciones y amor incondicional para convertirme en la mujer que soy hoy en día. Por ser, además de mis papás, mis amigos, mis eternos confidentes.*

*A mis dos hermanas: Alexia y Denisse, por darme el honor de ser su ejemplo a seguir como hermana mayor. Por cada risa, pelea y llanto, mi vida sería aburrida sin ustedes.*

*A mi abuelita Eli, por ser parte de mi crianza y enseñarme el amor fraternal de una abuela hacia su nieta. Eres mi tesoro preciado.*

*A ti, Liam, que llegaste a cambiar mi vida y a demostrarme el significado de amor puro. También a Fallon, que con cada ladrido alegra la casa y mi alma.*

*A todos aquellos que han formado parte de mi proceso, desde mis inicios en la primaria hasta esta etapa final universitaria, gracias por estar presentes en todo momento, los amo.*

*Pero sobre todo a Génesis de hace cinco años quien veía este sueño lejano e imposible. Pues sólo puedo decirle que sí, lo logramos.*

*Génesis Mora Martínez*

## AGRADECIMIENTO

*Quiero agradecerles a mis mejores amigas Alison Román y Ariana Zambrano, porque jamás dudaron de mí en ningún momento, y sobre todo estuvieron para guiarme en cada paso de mi vida. Son el complemento de mi vida.*

*A mi otra mejor amiga, Gabriela Félix por escucharme cada día y ser un constante apoyo emocional. Te debo demasiado.*

*A Nahe, mi amiga y compañera de trabajo que me ha dado palabras de aliento cada día, motivándome a seguir adelante.*

*A mi mejor amigo Israel, que llegó a mi vida a enseñarme lo que es la verdadera amistad y como en los momentos de oscuridad siempre hay una luz en el camino.*

*A Hilda, Damaris, Isaac, Cristina, Jennifer, Diana, Linda y Astrid porque a pesar de que la batallamos todo el año lo logramos.*

*A Alexis, Luis, Xavier, Fiore y Anto por cada risa en el gimnasio y motivación a no rendirme.*

*A todos mis amigos de la universidad porque sin ustedes la vida universitaria hubiera sido aburrida.*

*A mis docentes que hicieron que la carrera fuera llevadera y aportaron cada conocimiento para convertirme en la mujer que soy ahora.*

*A mi tutor de tesis el Mgtr. Fabian Orellana Batalla por la dedicación y apoyo brindado en este trabajo.*

*Y sobre todo a una persona en especial que hizo mi 2023 inolvidable.*

*Génesis Mora Martínez.*



## Anexo No. 15

### UNIDAD DE INTEGRACIÓN CURRICULAR CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS



#### CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS

---

Habiendo sido nombrado Mgtr Fabián Orellana Batallas, tutor del trabajo de titulación "Reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública para fortalecer la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato elaborado por Génesis Arianna Mora Martínez, con mi respectiva supervisión como requerimiento parcial para la obtención del título de ABOGADA.

Se informa que el mismo ha resultado tener un porcentaje de coincidencias (7%) mismo que se puede verificar en el siguiente link: (file:///C:/Users/Andreina/Downloads/detailed-report\_es\_tesis-titulacion-2-genesis-arianna-mora-martinez-real-1-3-1.pdf). Adicional se adjunta print de pantalla de dicho resultado.

FABIAN  
ERNESTO  
ORELLANA  
BATALLAS

Firmado digitalmente por FABIAN  
ERNESTO ORELLANA BATALLAS  
Nombre de su mecanismo (CER)  
c=EC, o=ORELLANA BATALLAS,  
gn=Fabian Ernesto Orellana  
Batallas, cn=FABIAN ERNESTO  
ORELLANA  
BATALLAS  
Fecha: 2023.11.28 10:21:45 -0500

**Mgtr Fabián Orellana Batallas**



## RESUMEN

La Contratación Pública está relacionada con la gestión de recursos públicos, lo que representa cantidades significativas y cuyo impacto afecta directamente las condiciones de vida de la sociedad, debido a que es un área importante de la actividad económica como social de un estado. En Ecuador la contratación pública tiene su propia legislación, la misma que cuenta con un objeto principal, garantías y sanciones ante el incumplimiento de los contratos administrativos. En esta investigación, la pregunta problemática hace hincapié a la efectividad a una de las principales garantías existentes en la normativa, siendo esta la garantía de fiel cumplimiento por la terminación unilateral del contrato administrativo ante el incumplimiento del contratista debido a que con ello se ocasiona un mal manejo de contratación, deficiente fiscalización. Y es que por la falta de sanciones de quienes incumplan los plazos de las obras adjudicadas por la Municipalidad de los diferentes sectores de la ciudad. El periodo y lugar de la investigación se especifican en la ciudad de Guayaquil, durante el periodo 2022 y 2023, con una población de 5 profesionales expertos en el tema, sin un cálculo de muestra por la cantidad limitada de participantes. Se destaca a su vez la doctrina legal sobre contratación pública, tanto en Ecuador como en otros países del mundo y se compara la necesidad de reformas para abordar dicho problema. Las entrevistas subrayan la complejidad y entendimiento de la contratación pública, la garantía de fiel cumplimiento y la implementación de un nuevo porcentaje para que los contratistas dejen de incumplir con el contrato administrativo y cause pérdidas al estado; y a su vez no se esté activando la garantía anteriormente mencionada en cada circunstancia por motivo de **incumplimiento por una de las partes contractuales.**

**Palabras claves:** Contratación Pública, Garantía de Fiel Cumplimiento, Contrato Administrativo, Derecho Comparado, Efectividad.

## **ABSTRACT**

Public Procurement is related to the management of public resources, which represents significant amounts and whose impact directly affects the living conditions of society, because it is an important area of the economic and social activity of a state. In Ecuador, public procurement has its own legislation, which has a main objective, guarantees and sanctions for non-compliance with administrative contracts. In this investigation, the problematic question emphasizes the effectiveness of one of the main guarantees existing in the regulations, this being the guarantee of faithful compliance by the unilateral termination of the administrative contract in the event of non-compliance by the contractor because this causes a poor contracting management, poor oversight. And it is due to the lack of sanctions for those who fail to meet the deadlines for the works awarded by the Municipality of the different sectors of the city. The period and place of the research are specified in the city of Guayaquil, during the period 2022 and 2023, with a population of 5 lawyers, without a sample calculation due to the limited number of participants. The legal doctrine on public procurement is also highlighted, both in Ecuador and in other countries around the world, and the need for reforms to address this problem is compared. The interviews highlight the complexity and understanding of public procurement, the guarantee of faithful compliance and the implementation of new sanctions so that contractors stop failing to comply with the administrative contract and causing losses to the state; and at the same time the aforementioned guarantee is not being activated in each circumstance due to non-compliance by one of the contractual parties.

**Keywords:** Public Procurement, Compliance Guarantee, Administrative Contract, Comparative Law, Effectiveness.

## Índice de contenido

### Contenido

A) Introducción .....	1
Planteamiento del Problema.....	1
Objetivos .....	1
Justificación.....	2
Alcance de la Investigación .....	2
B) Desarrollo de la Investigación .....	3
I.    CAPÍTULO UNO .....	4
MARCO TEÓRICO .....	4
1.1. Concepto de Contrato .....	5
1.2. Tipos de contrato.....	6
1.3. Contrato Civiles.....	7
1.4. Características del Contrato Civil .....	8
1.5. Concepto de Contrato Administrativo .....	8
1.6. Elementos del Contrato Administrativo.....	10
1.7. Características del Contrato Administrativo.....	11
1.8. Concepto de Contratación Pública e Importancia.....	14
1.8.1.    Concepto.....	14
1.8.2.    Importancia.....	14
1.9. Principios en Contratación Pública .....	15
1.10.    Garantía de Fiel Cumplimiento en la Contratación Pública .....	18
1.11.    Características.....	20
1.12.    Modos de rendir y ejecutar las Garantías .....	21

1.12.1. Modos de rendir las Garantías .....	21
1.12.2. Ejecución.....	22
1.13. Cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos .....	22
1.14. Ley Orgánica de Contratación Pública .....	23
1.15. Elementos .....	24
1.16. Derecho Comparado .....	25
1.16.1. Legislación Colombiana .....	27
1.16.2. Legislación Chilena .....	28
1.16.3. Legislación Peruana .....	29
1.17. Garantías comparadas .....	29
II. CAPÍTULO DOS.....	32
MARCO METODOLÓGICO .....	32
2.1. Concepto de Metodología de la Investigación .....	33
2.2. Proyecto de Investigación .....	33
2.3. Enfoque de la Investigación .....	34
2.3.1. Enfoque Cualitativo .....	34
2.4. Tipos de Investigación.....	35
2.4.1. Investigación Exploratoria.....	35
2.4.2. Investigación Explicativa .....	36
2.5. Período y lugar donde se desarrolla la investigación.....	37
2.6. Universo y muestra de la investigación .....	37
2.7. Métodos empíricos empleados.....	37
2.7.1. Entrevistas .....	37
2.8. Procesamiento y análisis de la información.....	38
III. CAPÍTULO TERCERO .....	39

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS .....	39
3.1. Resultados de las entrevistas.....	40
3.2. Preguntas planteadas a profesionales .....	40
3.3. Entrevista 1 .....	41
3.4. Entrevista 2 .....	45
3.5. Entrevista 3 .....	48
3.6. Entrevista 4.....	52
3.7. Entrevista 5.....	54
3.8. Interpretación de los Resultados .....	56
IV. CAPÍTULO CUARTO .....	59
PROPUESTA.....	59
4.1. Propuesta.....	60
4.2. Justificación y descripción de la propuesta.....	60
4.3. Beneficiarios de la propuesta .....	61
4.4. Factibilidad de la propuesta .....	62
C) Conclusiones .....	63
D) Recomendaciones .....	64
E) Referencias .....	65
F) ANEXOS.....	70

## **A) Introducción**

### **Planteamiento del Problema**

El incumplimiento contractual de los contratos públicos afecta los ingresos del estado. De ahí radica la problemática existente y la importancia de conocer las afectaciones que estas tendrán a corto y largo plazo en la economía del país. Es fundamental examinar los controles que las entidades públicas implementan para prevenir incumplimientos de contratos. Asimismo, evidenciar si el proceso de garantía de fiel cumplimiento cumple con la finalidad de cubrir los gastos completos por la falta de cumplimiento del contratista. En razón de ello, nos podemos preguntar: ¿Cómo reformar el artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública para fortalecer la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista?

### **Objetivos**

#### ***Objetivo General***

Elaborar una reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública para fortalecer la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista.

#### ***Objetivos Específicos***

1. Determinar aspectos teóricos sobre la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista conforme Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública.
2. Diagnosticar el estado actual en la legislación nacional sobre la implementación de la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista.
3. Proponer acciones para una reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública para fortalecer la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista.

## **Justificación**

En este estudio, la problemática en controversia se basó en un análisis ante el incumplimiento de la obligación suscrita entre contratistas y el Estado, a través de sus entidades, a la hora de la ejecución de trabajos y obras; evaluando a su vez que tan significativo es la garantía de fiel cumplimiento.

En la ciudad de Guayaquil, la presencia de obras de reconstrucción a cargo de contratistas ha permanecido inconclusas. Lo que ha ocasionado un manejo inadecuado de contratación, deficiente fiscalización y sobre todo falta de sanciones a quienes incumplen los plazos de las obras adjudicadas por la Municipalidad de Guayaquil en ejecución de los diferentes sectores de la ciudad. La mayoría de administradores de obras inconclusas, han justificado la demora argumentando que existen novedades al momento de efectuar trabajos mientras que otros únicamente han desaparecido sin dar explicación de lo acontecido.

En aquel momento, se activa la garantía de fiel cumplimiento que como proceso de contratación se ciñe y rige bajo lo establecido en La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y como se mencionó con anterioridad, señala el proceso de contratación entre privados con el Estado y el expedito ante el incumplimiento contractual de alguna de las partes.

Y es que la mayoría de contratos de obras públicas al ejecutarse presentan contratiempos, siendo en sus actuaciones u omisiones, que son mera responsabilidad del Estado vigilar que se cumpla lo pactado puesto que significan valiosas erogaciones de dinero de algún servicio o bien recibido, desconociendo si estos constituirán gastos valorados como pérdidas o ganancias a futuro.

## **Alcance de la Investigación**

Mediante la utilización de entrevistas, revisiones documentales, bibliográficas, análisis históricos y recolección de datos a través de herramientas, en esta investigación se utilizaron dos tipos de enfoques: uno exploratorio; puesto que en el mismo se investiga un problema no tan estudiado con la finalidad de ayudar nuevos conceptos, proponer nuevas recomendaciones a través de una

perspectiva innovadora que permita una solución óptima de la problemática a estudiar. Y, asimismo, un enfoque explicativo debido a que se investigan las causas y desafíos que se presentan día a día mediante los procesos de contratación pública que tiene la Municipalidad del Guayaquil con entidades privadas que han causado erogaciones de dinero para el país que si no son utilizadas de la manera adecuada lo único que generan son pérdidas. Estos métodos permitieron recopilar información pertinente acerca del tema tratado en la realización del proyecto.

## **B) Desarrollo de la Investigación**

**I. CAPÍTULO UNO**

**MARCO TEÓRICO**

## **1.1. Concepto de Contrato**

Para un breve entendimiento, es vital conocer la definición de “contrato” antes de poder establecer un concepto exacto de contrato administrativo. Para Arturo Alessandri Rodríguez (2004), el contrato es un acto jurídico generado acorde a las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones.

A su vez, Guillermo Cabanellas (2006) define el contrato como “el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser producto de obligaciones”.

La legislación ecuatoriana vigente, a través del Código Civil (2005), en su articulado 1454, se ha encargado de definir al contrato como el acto mediante una parte se obliga con otra. En dicho sentido, la norma legal determina al contrato como aquel instrumento jurídico que, a través de un acuerdo bilateral, las partes crean derechos y obligaciones según sus voluntades o de terceros para llegar a un objeto principal.

En razón de ello, es de fácil entendimiento que las partes contratantes acuerden y a su vez, estipulan entre sí obligaciones, limitándose hasta donde la legislación les permitiese, prevaleciendo así el interés exclusivo de los contratantes y sobre todo que se cumpla el objetivo contractual establecido en la creación del contrato.

Asimismo, el artículo 1455 del Código Civil (2005) ha establecido que, a pesar de involucrar a dos partes, el contrato puede ser unilateral siempre que una de las

partes se obligue con la otra, sin contraer obligación alguna. Por otro lado, es bilateral cuando ambas partes se obligan recíprocamente. De igual manera, en su articulado siguiente al mencionado con anterioridad, el contrato cumple con la característica de ser gratuito y oneroso.

## **1.2. Tipos de contrato**

Al igual que muchas legislaciones en el mundo, la legislación ecuatoriana se ha encargado de establecer las diferencias en la jurisdicción aplicable a los conflictos que surgen entre contratos privados y contratos administrativos. Diferencias que se basan más que nada en las partes involucradas y en la naturaleza del contrato, así como en normativas específicas con cada tipo de contrato. A continuación, se hace un breve énfasis en la definición de contratos privados o civiles y los contratos administrativos:

### **Contratos Civiles o Privados**

Al referirse a contratos privados, se entiende a los acuerdos existentes entre particulares o empresas privadas, sin involucrar entidades estatales. Los conflictos de estos contratos son sometidos a la jurisdicción ordinaria civil, lo cual significa en Ecuador, que se llevan los procesos ante tribunales civiles, quienes se encargan de resolver las disputas de naturaleza civil y derecho privado.

### **Contratos Administrativos**

Los contratos administrativos, por su parte, funcionan como aquellos en el cual, una de las partes es una entidad gubernamental. Es decir, estatal, municipal o entidad pública, estos contratos son regulados por normativas específicas y ley de

contratación pública. A diferencia de los contratos civiles, estos casos son llevados ante tribunales de contencioso-administrativo, que son los encargados en los asuntos relacionados con la administración pública y las relaciones entre particulares y el sector público.

Una vez comprendido las diferencias en la jurisdicción, el objeto principal de la misma es poder conocer las necesidades de ambos y los asuntos relacionados con la administración pública y garantizar una justicia en el caso de contratos administrativos. De hecho, en su mayoría, los contratos administrativos están sujetos a requisitos y procedimientos específicos, justificando así la existencia de los tribunales especializados en dicho ámbito.

### **1.3. Contrato Civiles**

Los contratos civiles son un acuerdo entre dos o más partes que establecen derechos y obligaciones que pactan en cumplir. Son el resultado de la libre voluntad de las partes involucradas, donde se originan o transfieren derechos y obligaciones. Dichas obligaciones y derechos derivados del contrato se encuentran detalladas en cláusulas, y es crucial que estas se encuentren en conformidad con lo que la ley establece, puesto que, si no se ocurre, no surgen efectos legales.

Se resalta que, en su mayoría, las categorías de contratos civiles se encuentran regidos por el Código Civil, que es la autoridad encargada de resolver las disputas relacionadas con el incumplimiento de estas obligaciones.

#### **1.4. Características del Contrato Civil**

En su mayoría, las principales características del contrato civil se relacionan con las del contrato administrativo, siendo las mismas:

**Consentimiento;** refiriéndose a que todas las partes celebran el contrato a voluntad propia y libertad.

**Objeto;** la razón por la cual se celebra un contrato es que debe ser legal y lícito, además de claro y factible para las partes. En dicha sección se van a especificar los términos o los servicios que las partes involucradas en el mismo deben de cumplir.

**Causa de la obligación;** es la razón que respalda la necesidad de cumplir con lo acordado, debiendo ser legal, veraz y real.

**Capacidad de las partes;** es el más importante puesto que se encarga de regular si los involucrados cuentan con la capacidad legal para celebrar el contrato. En el caso de no tenerla se estaría viciando el mismo, por tanto, este podría declararse en nulidad.

#### **1.5. Concepto de Contrato Administrativo**

Roberto Dromi (2001) reconoce que el contrato administrativo es una institución que puede ser definida de la siguiente manera: “que el contrato funciona como estrategia de cooperación para los ciudadanos en relación con la administración, permitiendo que el Estado los perciba como colaboradores que no afecten los intereses estatales”.

Según Cassagne (pág. 66) la definición de contrato administrativo se entiende como “cualquier acuerdo que genere obligaciones, llevado a cabo por una entidad del estado y que genere efectos en relación con terceros”.

Po su parte, en el Manual de Derecho Administrativo de Herman Jaramillo Ordóñez (1999, pág. 216), el autor realizaba una explicación entre la relación doctrinaria del concepto como tal y establecía que “el contrato administrativo surge de una relación legal que obliga a las partes a ejecutar o abstenerse de realizar una acción sobre el contrato de por medio”.

La legislación vigente ecuatoriana en la “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en su artículo 60, ha establecido que el contrato administrativo como lo siguiente: “Los contratos referidos en la Ley celebrados entre instituciones contratantes se comprenden como contratos administrativos”. Con lo manifestado, se puede entender que cada contrato realizado entre privados y el estado, o entre mismas entidades estatales.

Con la doctrina anteriormente mencionada, la naturaleza jurídica del contrato administrativo es similar a la del contrato administrativo, debido a que parte como un elemento constitutivo y un acuerdo de las partes. Sin embargo, existe una distinción entre privados y administrativos.

Eduardo García de Enterría (2004), sostiene que los contratos constituyen un dilema dogmático, respaldándose de que el contrato administrativo tiene un régimen jurídico especial.

Con ello, en Ecuador se presentan particulares en la legislación en relación a la resolución de los conflictos generados a partir de contratos. En dicho contexto, se sobreentiende que los conflictos vinculados a contratos administrativos serán dirimidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, mientras que los que tengan relación a contratos privados serán sometidos por la jurisdicción ordinaria civil.

### **1.6. Elementos del Contrato Administrativo**

Los elementos del contrato administrativo mantienen la misma esencia que la de los contratos privados. Por ello se establece que el sujeto, objeto, la voluntad y la forma son parte primordial del mismo. Enrique Sayagués (1963) conceptualiza que “siempre uno de los involucrados en la creación del contrato es la administración estatal (...) debiendo el órgano de administración mantenerse dentro de su competencia”. (pág. 541)

En Ecuador, la existencia de los contratos administrativos va a depender de las partes contractuales como lo establece el la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en su primer artículo, que expresa lo siguiente:

**Artículo 1.- Ámbito y objeto.** - En esta ley se establece y se determinan tanto principios como normas que regulan cada proceso de contratación sea para adquirir o arrendar bienes, ejecutar obras y prestar servicios incluidos los de consultoría. A su vez, los sujetos a ello se encuentran enumerados en un catálogo taxativo el cual establece:

- Organismos de las Funciones del Estado.
- Organismos Electorales.

- Organismo de Regulación y Control.
- Entidades que integren el Régimen Seccional Autónomo.
- Organismos o entidades nacidas bajo ley o constitución para un ejercicio de potestad estatal que tengan finalidad prestar servicios o desarrollar actividades que el Estado haya asumido.
- Personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para prestar servicios públicos.
- Corporaciones, fundaciones o sociedades civiles.

### **1.7. Características del Contrato Administrativo**

Bercaitz (1980) define que “los contratos administrativos presentan características contrarias a los contratos civiles o privados, tales como serán estudiados más adelante”. A ello, se establece que las principales características del contrato administrativo son las mencionadas a continuación:

#### **Formalismo**

En Contratos Administrativos de Ismael Farrando (2002, pág. 428), el autor considera que se deben cumplir una serie de requisitos previstos en la normativa legal, sin los cuales el contrato será inválido, cuya omisión, en la mayoría de los casos, no es susceptible de subsanación.

En consecuencia, y como se ha examinado previamente, la creación del acuerdo contractual surge de una serie de requisitos que reflejan la mera intención de las partes, que debe manifestarse de manera tanto escrita como verbal durante

el proceso de contratación. Llevándolo a una explicación concisa y clara de que el contrato administrativo se distingue por su estricta “formalidad”.

### **Igualdad Jurídica**

Para Farrando (2002) las entidades públicas, además de tener derechos y obligaciones, poseen atribuciones y prerrogativas.

En la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 82, se fundamenta respecto a la seguridad jurídica y a la existencia de normas jurídicas, reglamentadas estrictamente, sujetas a los principios de legalidad que van de la mano con la seguridad jurídica y que debe de aplicarse por las autoridades competentes.

En razón de ello, en este marco legal específico de los contratos administrativos, no solo se impone responsabilidades al contratista privado, sino que también establece la obligación de la administración de compensar a su cocontratante en caso de este causarle daños y pérdidas durante la ejecución del contrato, garantizando así que exista un equilibrio económico y legal entra ambas partes contratantes.

### **Intuito Personae**

Miguel Marienhoff (1983) manifiesta que esta clase de contratos son inherentes a la persona contratista y no puede cederse.

Para Guillermo Cabanellas (2006) intuito personae se refiere a “por razón de la persona o en consideración a ella. Es decir, a las disposiciones o actitudes que

se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece.”

Por consiguiente, el *intuitu personae* implica la elección del proveedor o contratista a través de un procedimiento precontractual estricto que establezca requisitos y condiciones con el fin de garantizar la imparcialidad en la selección y la aptitud del contratista privado para cumplir con la necesidad pública que se está comprometiendo a satisfacer, lo que incluye la evaluación de su capacidad financiera, integridad y habilidades legales y técnicas, y demás aspectos.

### **Mutabilidad del Contrato**

El doctrinario sudamericano en el ámbito administrativo, Miguel Marienhoff (1983) explica que la posición de la modificación unilateral del contrato administrativo es prerrogativa de la administración pública.

Al referirse a mutabilidad del contrato, se entiende que la razón subyacente del cambio se origina principalmente en la naturaleza administrativa del contrato y en la consiguiente necesidad de ajustarlo a las necesidades generales de la sociedad en su conjunto.

### **Cláusulas exorbitantes**

Miguel Bercaitz (1980) en la Teoría General de los contratos administrativos manifiesta que las cláusulas exorbitantes son las que evidencian la naturaleza de la autoridad pública y como se participa en los contratos administrativos. A su vez, estableciéndose en una posición legal y confiriendo ciertas atribuciones a terceros.

Por tanto, la doctrina comparada destaca que las cláusulas exorbitantes son un elemento esencial de los contratos administrativos. Estas cláusulas pueden ser explícitas o implícitas, siendo las primeras condiciones que deben estar especificadas en el contrato, mientras que las implícitas no necesitan estar detalladas en el contrato puesto que se derivan de principios jurídicos y no requieren esta formalidad para su aplicación efectiva. Estas cláusulas otorgan a la administración el poder de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, supervisar su ejecución e incluso imponer las multas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y se dé por terminada unilateralmente la relación contractual.

## **1.8. Concepto de Contratación Pública e Importancia**

### **1.8.1. Concepto**

La contratación Pública para Oscar Viscarra (2021) “es una rama que funciona para la administración pública de cada sector, ciudad, pues sirve para que los recursos sean utilizados de la forma más eficaz posible”. A través de la misma, se busca un bienestar colectivo, entre proveedores, el estado y la sociedad como tal. De igual manera, para acceder a un contrato público, se debe cerciorar cumplir con los requisitos que la ley y reglamento vigente haya previsto.

### **1.8.2. Importancia**

Y es que se puede recatar que su importancia radica en garantizar el cumplimiento que, el contratista mantenga con el contratante, siendo este último el beneficiario ante el posible incumplimiento del primero con el objeto de disminuir los

riesgos de la relación contractual y evitar una cadencia económica para los contratantes.

### **1.9. Principios en Contratación Pública**

De forma sucinta, se abordan los principios que autores doctrinales han tomado en cuenta respecto a la contratación pública, mencionando a su vez que son específicos para un correcto procedimiento a la licitación pública y el procedimiento administrativo común.

Para Vicente Gimeno Sendra, Moreno Catena Victos y Sala Sánchez Pascual (2002), se destacan los siguientes principios:

- Flexibilidad
- Delegación
- Ausencia de ritualismos
- Materialidad
- Principio de verdad salvo prueba en contrario
- Publicidad
- Igualdad de oferentes
- Concurrencia

De igual manera, la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara () en base a criterios de diversos autores, resumen que los principios de contratación pública son los siguientes:

- Principio de legalidad
- Principio de continuidad
- Principio de mutalidad
- Principio de equilibrio financiero

En la legislación ecuatoriana se hace referencia que para que el contrato o proceso de contratación, se deben de observar los siguientes principios:

- **Principio de legalidad:** Para el doctor Efraín Pérez (2014, pág. 294), este principio es “el órgano público que solamente actúa conforme a la norma positiva”. A su vez, para Jorge Zavala Egas (2011) establece que siempre que no exista de por medio una norma que les atribuya potestades, y que establezca los procedimientos a seguir, está impedido ejercer actividad alguna.
- **Principio de trato justo:** este principio se refiere al trato que la administración de darle a cada uno de los participantes.
- **Principio de igualdad:** por otro lado, este principio para Marcos Morales Tobar (pág. 105), define al principio como “la manifestación de un precepto constitucional primigenio que radica en un tratamiento igual para situaciones iguales, si discriminaciones de ningún tipo, es decir que todo administrado debe de gozar del mismo trato”.
- **Principio de calidad:** por su parte, el principio de calidad hace referencia a la complacencia de las necesidades públicas con el objeto

principal de contar con mejores atributos para complacer las necesidades.

- **Principio de vigencia tecnológica:** Pérez, López y Aguilar (págs. 67-74) expone que la vigencia tecnológica como tal trata de entender lo relativo a los mantenimientos, garantías técnicas, repotenciación, reposiciones temporales y definitiva, asistencia técnica y tiempo de respuesta, entre otros aspectos.
- **Principio de oportunidad:** El Código Orgánico Administrativo, en su artículo 3 hace referencia al principio de eficacia, y que si se consideran ambos conceptos se puede asimilar que la eficiencia y eficacia, en materia de contratación pública, procura satisfacer las necesidades de las entidades contratantes. (2015)

Es decir, actuar con celeridad para satisfacer el interés común.

- **Principio de concurrencia:** Para Efraín Pérez (2014) este principio “manifiesta que entre más ofertas se presentan es más probable encontrar la más conveniente”. Refiriéndose a que la participación de mayor número de concursantes en los procedimientos, permite una promoción de competencia.
- **Principio participación nacional:** hace referencia a que toda la población tiene el derecho de participar en los procesos de contratación pública.

### **1.10. Garantía de Fiel Cumplimiento en la Contratación Pública**

La garantía de fiel cumplimiento en el contexto de contratación pública, se refiere a una garantía financiera requerida al contratista o proveedor por parte de la entidad contratante. Comúnmente su finalidad es garantizar que el contratista cumpla con una adecuada y satisfactoria obligación estipulada en el contrato público. Y es que, en situaciones en donde el contratista incumpla con los términos del contrato, la entidad contratante tiene la posibilidad de utilizar la garantía para cubrir los gastos relacionados con cualquier incumplimiento, como reparaciones o trabajos adicionales.

La Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 74 (2008), establece lo siguiente:

**Artículo 74.- Garantía de fiel cumplimiento:** El adjudicatario deberá constituir garantías por un importe igual al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, antes o en el momento de la firma del mismo. Esta garantía se constituirá en los contratos de construcción, así como en los integrales a precio alzado, para asegurar el cumplimiento del contrato y de las obligaciones contraídas a favor de terceros.

Asimismo, el artículo 73 (2008) de la misma ley, ha establecido lo siguiente en los numerales mencionados en la cita anterior:

**Artículo 73.- Formas de Garantía:** en los contratos referidos en la ley, se inde la garantía para cualquiera de estas condiciones:

1. Numeral 1: Garantía incondicional, irreversible e inmediatamente cobrable proporcionada por o a través de un banco o institución financiera nacional;
2. Numeral 2: Garantía incondicional, irreversible e inmediatamente cobrable emitida por una compañía de seguros nacional en forma de póliza de seguros.
3. Numeral 5: Certificados de depósito a plazo emitidos por entidades financieras nacionales que estén avalados por su valor como garantía a la orden del órgano de contratación, y cuya duración exceda del plazo estimado para la ejecución del contrato. Respecto de los contratos mencionados en el número 8 del artículo 2 de esta Ley, no serán necesarias las garantías establecidas en esta Ley. El Organismo contratante tendrá preferencia sobre todos los demás acreedores para hacer efectiva la garantía, cualquiera que sea el tipo de acreedor o el título que respalde su crédito. En las garantías otorgadas por bancos o entidades financieras o en las pólizas de seguro establecidas en los apartados 1 y 2 de este artículo no se admitirá ninguna cláusula que establezca un procedimiento administrativo previo. La ejecución de los avales se iniciará mediante solicitud escrita de la entidad beneficiaria del aval. Cualquier otra cláusula se interpretará como no escrita.
4. El organismo responsable retirará al banco, institución financiera o compañía de seguros del Sistema Nacional de Contratación Pública hasta que se subsane el incumplimiento. En caso de reincidencia, el banco,

institución financiera o aseguradora perderá su elegibilidad por un período de dos años

En razón de lo establecido en la legislación, se entiende que la garantía de fiel cumplimiento adopta diversas formas, como una fianza, póliza de seguro, un depósito en efectivo u otro instrumento financiero acordado entre las partes. La cantidad de la garantía se establece como un porcentaje del valor total del contrato y varía según la legislación específica de cada jurisdicción. Por ello, más adelante se realizará un derecho comparado de esta garantía en diversos países alrededor del mundo.

En resumen, la garantía de fiel cumplimiento en la contratación pública es un recurso financiero que respalda la ejecución adecuada de las obligaciones del contratista y protege los intereses de la entidad contratante en caso de incumplimiento.

### **1.11. Características**

La Garantía de Fiel cumplimiento cuenta con una serie de características generales que será mencionadas a continuación.

- Es *consensual*, debido a que se ejecuta únicamente si ambas partes del contrato principal manifiestan su voluntad expresa. (Buenaventura, 1980)
- Es un *contrato accesorio*, puesto que garantiza el cumplimiento de una obligación principal. Esto refiriéndose a que no tendrá validez ni existencia por sí mismo, sino existe una obligación preexistente, convirtiéndolo

asimismo en un *contrato de garantía*, debido a que se celebra con el objeto de dar cumplimiento a una obligación existente.

- También se lo considera *unilateral* en cierta forma, ya que el fiador es quien en cierta forma decide en obligarse a cumplir con la deuda del fiado.

## **1.12. Modos de rendir y ejecutar las Garantías**

### **1.12.1. Modos de rendir las Garantías**

A través de un catálogo taxativo de la legislación, las formas o modos de rendir garantías según la legislación establece que “Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos”. Las principales características de estas garantías es que son irrevocables, incondicionales y de cobro o ejecución inmediata debido a que serán revocadas cuando se cumpla la obligación principal y la entidad pública puede acceder a ella sin retraso puesto que cada funcionario es responsable de sus actos u omisiones y como estas afectan al estado. Por ello, es de verificar el formato de la póliza según cada aseguradora u otra entidad presente siempre que sean aprobados por la Superintendencia de Bancos.

En Ecuador las Instituciones Financieras que actúan como garantes son las siguientes:

- Banco Central del Ecuador.
- Instituciones financieras públicas.
- Instituciones financieras privadas (bancos, sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, asociaciones mutualistas de

ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que son intermediarios financieros públicos).

### **1.12.2. Ejecución**

Para Stalin Andino González (2020), Coordinador General de Asesoría Jurídica, mediante oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF, ha manifestado que las garantías se constituyen de forma independiente por cada contratación y las mismas deben asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran avalando, dependiendo de la naturaleza de cada una. Es así, que las garantías deben estar vigentes y por tanto, cubrir la obligación que avalan. (pág. 4)

El procurador General del Estado se pronunció respecto al Oficio No. 01992, de fecha 15 de julio del año 2015, manifestando que “la parte contratante no debe de pagar obligaciones de subcontratistas”.

La legislación no prevista dicha disponibilidad, incluso en el artículo 79 de la misma Ley en mención, en el inciso cuarto establece lo siguiente:

**Artículo 79.-** Subcontratación: en este artículo, el contratista no asume responsabilidad principal, ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado. Asimismo, no pierde su responsabilidad en relación a la obligación de cumplimiento del contrato para la Entidad contratante.

### **1.13. Cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos**

Para Suárez (2015) las cláusulas exorbitantes, se las caracteriza de la siguiente manera:

- Obligatorias
- Objetivas
- Sancionadoras

Y es que, las cláusulas incluidas en los contratos administrativos están sujetas a estrictas regulaciones, lo cual se deriva del principio de legalidad al que la administración debe someterse de manera rigurosa. En el ámbito del derecho público, se enfatiza la aplicación precisa y literal de estas cláusulas. Por tanto, en el contexto de la contratación pública, los contratos administrativos y su contenido, están minuciosamente definidos por la ley.

#### **1.14. Ley Orgánica de Contratación Pública**

A partir del 2008, apareció la Contratación Pública en Ecuador, que fue un drástico cambio en la historia del país puesto que implementó al sistema actual la nueva ley de Contratación Pública.

Rafael Correa, ex presidente del Ecuador, dictó el Reglamento General de la ley actual, el 08 de agosto de 2008, el cual fue reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700 y publicado en el Registro Oficial No.588 en el año 2009. Anteriormente, el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) era el Órgano rector administrativo del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El SERCOP trajo reformas, lo que significó un cambio radical al concepto que se conocía. A la actualidad, el uso de procedimientos electrónicos, herramientas, principios, normas, mecanismos y hechos modernizan la contratación pública. adaptándolo así a una sociedad moderna. A pesar de ello, es un avance, todavía

existen falencias tanto en la Ley y en su Reglamento de Contratación Pública que deben ser analizadas para encontrar soluciones. Y a su vez, mejoren la norma para satisfacer las necesidades institucionales y colectivas que afecten a las partes contratantes, mucho más al Estado.

### **1.15. Elementos**

De los contratos públicos, los elementos esenciales se establecen la siguiente manera:

a) Los sujetos; se distribuyen en:

- Administración (personas públicas y personas privadas) quienes ejerzan funciones administrativas que sean otorgadas por delegación estatal.
- Contratistas (personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del Ecuador)

b) La capacidad.

Esta capacidad es la soltura legal que las partes tienen para poder contratar acorde a lo que dicta el Código Civil ecuatoriano que establece que todo individuo debe ser legalmente capaz para la contratación. Según el artículo 62 (2008) y 113 de su Reglamento manifiesta lo siguiente:

**Artículo 62.- Inhabilidades generales.** - En dicha ley no se celebran contratos con las entidades que:

1. Se hallen incurso en las incapacidades por el Código Civil o inhabilidades generales de la ley.

2. El Presidente, Vicepresidente de la República, ministros y secretarios de Estado, Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, legisladores y demás.
  3. Servidores públicos con vinculación directa o indirectamente en cualquier etapa de proceso de contratación o responsabilidad en actividades o funciones.
  4. Los suspendidos en el RUP.
  5. Deudores morosos del Estado o instituciones.
- c) Voluntad-consentimiento.
- d) Objeto.

#### **1.16. Derecho Comparado**

René David (1973) ha explicado que el Derecho comparado se utilizó como “una necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto éste es atributo de toda ciencia”. De igual forma, el mismo autor explicaba que “el papel del derecho comparado es parecido al de la historia”, debido a que este permite obtener una perspectiva diferente para una visión adecuada del derecho y así plantear nuevas soluciones jurídicas.

Para Peter de Cruz (1995), el derecho comparado actúa como un sistema de análisis del derecho de países del mundo para entenderlo, mejorarlo, reformarlo e implementarlo para la sociedad actual.

Se entiende al derecho comparado como la disciplina del derecho que estudia y analiza las similitudes y diferencias entre los diversos sistemas legales existentes en diferentes países. El objeto principal del derecho comparado es examinar cómo abordar las cuestiones jurídicas similares en las distintas jurisdicciones, con la finalidad de identificar mejores prácticas, evaluar la eficacia de ciertas políticas y normativas, y a su vez, comprender su aplicación en un contexto legal diferente al país de origen. Asimismo, el derecho comparado implica una revisión detallada en la normativa, jurisprudencias, leyes y otros aspectos legales de diferentes países, siendo relativamente útil en distintas ramas del derecho, como el derecho constitucional, el derecho comercial, el derecho penal y demás campos.

En su mayoría, los juristas y estudiosos del derecho utilizan el derecho comparado para enriquecer el conocimiento y la comprensión de la ley, para así formular recomendaciones de políticas basadas en mejores prácticas de otros países. El profesor Gutteridge (1946), señala varias ramas del derecho comparado:

- *Derecho comparado descriptivo*
- *Derecho comparado aplicado*
- *Derecho comparado abstracto o especulativo.*

En la actualidad, en cada país del mundo, la mejora en las contrataciones públicas es vital para ejecutar obras de ínfima cuantía a la más alta. Por tanto, el Estado al invertir sus recursos en proyectos desprende una responsabilidad que es regulada por leyes, tanto para el contratante como para el contratista, quienes están sujetos a las disposiciones normativas.

### **1.16.1. Legislación Colombiana**

En Colombia, el marco legal encargado de la contratación pública en Colombia, según lo estudiado se prevé en las leyes 80 del año 1993, y 1150 de 2007. Adicional a ello, el decreto 1510 de 2013. Mediante estas normas y el portal único de contratación SECOP ([www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)), se establecen los procedimientos utilizados para poder contratar y las modalidades que hay para seleccionar al contratista. Las garantías de contratación pública son instrumentos que aseguran el cumplimiento de obligaciones contractuales por parte de los contratistas. Al igual que en Ecuador, estas garantías son comunes en los procesos de contratación.

Martinez y Ramírez (2006) en una de sus investigaciones sobre *“La Corrupción en la Contratación Estatal Colombiana”* indican que “uno de los mayores problemas de la corrupción, está la conducta moral, tanto de las empresas como de los contratistas”. Ellos mismos hacen énfasis a una solución al problema que proviene del gobierno y la falta de transparencia a la hora de designar condiciones de pliego, como es en la adjudicación.

A su vez, Gorbanef, en conexas del autor Cabarcas (2009), exponen en un artículo la mención de que la contratación pública en Colombia es conflictiva, poco eficaz e ineficiente; lo que le ha causado un daño patrimonial y económico al estado. Refiriéndose a que el sistema de este país es incapaz de ser hacer eficiente y transparente la contratación pública, ni determina un principio de equilibrio y hace relevante las modalidades de pago y tipos de contrato debido a que por el mismo

únicamente se asegura las ganancias del contratista, más no la eficiencia de la obra o contrato.

### **1.16.2. Legislación Chilena**

A diferencia de Ecuador, que se regula por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, los contratos públicos en Chile son regulados por la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, número 19.886. Teniendo como objeto principal uniformar procedimientos administrativos de contratación de suministro de lo que son bienes muebles y servicios para llevar el funcionamiento de la Administración Pública.

A través de su plataforma web de sistema electrónico de Compras Públicas [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), se demuestran cada una de las actividades de compras requeridas por las entidades Públicas. Dicha Dirección de ChileCompra (2023) establece que “es la institución encargada de administrar la plataforma, funcionando con un marco regulatorio único, basado en la transparencia, eficiencia, universalidad, accesibilidad y no discriminación”. Es decir, un servicio público descentralizado que depende del Ministerio y se encuentra sometido a la vigilancia de su presidente, creado con la Ley de Compras Públicas No. 19.886, operando desde el 29 de agosto de 2003. En Ecuador el portal web utilizado para este tipo de actividades, se lo denomina como PORTAL COMPRAS PÚBLICAS ([www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec)), mediante el cual se puede registrar los proveedores, entidades contratantes y los procedimientos de catálogo electrónico, subasta inversa electrónica, cotización, licitación y demás.

### 1.16.3. Legislación Peruana

A diferencia de Ecuador, a través del SERCOP, Perú cuenta con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el cual cumple con sus funciones de organismo técnico especializado cuya finalidad es supervisar, velar y promover a las entidades que realicen contrataciones con el estado peruano en relación de mano con la normativa vigente. El portal web que ellos utilizan para llevar a cabo actividades de contratación es el [www.gob.pe/osce](http://www.gob.pe/osce).

### 1.17. Garantías comparadas

	<b>Ecuador</b>	<b>Chile</b>	<b>Perú</b>	<b>Colombia</b>
<b>GARANTÍAS VIGENTES</b>	Garantía de Fiel Cumplimiento Garantía del Buen Uso del Anticipo	Garantía de seriedad de Oferta Garantía de Cumplimiento de contrato Garantía de Anticipo	Garantía de seriedad de Oferta Garantía de Cumplimiento de contrato Garantía de Anticipo	Garantía de seriedad de Oferta Garantía de Cumplimiento de contrato Garantía de Calidad

		Garantía de Calidad	Garantía de Calidad	Garantía de Anticipo
		Garantía Adicionales	Garantía de Buena Pro	

Figura 1. Elaborado por Génesis Mora.

Como se aprecia en la Figura 1, en Colombia, las garantías en contratación pública son cuatro tipos que son esenciales para el proceso de contratación y al igual que en Ecuador, su finalidad principal es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales entre estado y contratista, y sobre todo proteger los intereses de las entidades contratantes. También es importante tomar en consideración que las características de las garantías variaran acorde la entidad contratante y el tipo de contrato. La normativa que regula en Colombia este proceso de contratación y sus garantías se encuentran establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos.

Por su parte, en Chile la Ley de Compras y Contrataciones Públicas establece normas que garanticen la transparencia, por tanto, se asocian a la

contratación pública los diferentes cinco tipos de garantías: la de seriedad de la oferta, cumplimiento del contrato, anticipo, calidad y garantías adicionales. Las condiciones y características de las garantías se encuentran en la Ley No. 19,8886 y sus reglamentos.

En Perú, las garantías también funcionan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista para con la entidad estatal. En la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento actual, establecen los tipos de garantías; siendo las mismas que se han mencionado tanto en Colombia como en Chile, pero con una adicional de Buena Pro.

Para finalizar, en Ecuador existen dos tipos de garantía la de Fiel Cumplimiento que ya se la explicó con anterioridad y es vital para el tema de investigación; y la del buen uso de anticipo. Ambas son reguladas por la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública.

**II. CAPÍTULO DOS**  
**MARCO METODOLÓGICO**

## **2.1. Concepto de Metodología de la Investigación**

Ibero establece que:

La metodología de la investigación es una disciplina que conjunta los procesos y técnicas que deben llevarse a cabo para realizar un estudio.

Para presentar un proyecto realizado con esta metodología, es necesario utilizar formato APA; un estándar que permite distribuir y estructurar la información, así como hacer referencias y citar adecuadamente.

Para la Real Academia Española (2022) la definición de metodología hace referencia a: “la ciencia del método y un conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o una exposición doctrinal”.

Asimismo, la Real Academia Española (2022) define también a la investigación como: “Acción y efecto de investigar, su fin es ampliar el conocimiento científico, sin perseguir, en principio, ninguna aplicación práctica”.

## **2.2. Proyecto de Investigación**

Para Sabino (2000), la investigación puede ser definida con “un esfuerzo que se emprende para resolver un problema, claro está, un problema de conocimiento”. (p.47).

Otros autores como Ander-Egg (1992), han afirmado que la investigación es:

“Un procedimiento reflexivo, sistemático, controlado y crítico que tiene por finalidad descubrir o interpretar los hechos y fenómenos, relaciones y leyes de un determinado ámbito de la realidad (...) una búsqueda de hechos, un

camino para conocer la realidad, un procedimiento para conocer verdades parciales o mejor, para descubrir no falsedades parciales (p. 57).”

La presente investigación tiene dos tipos de enfoques: uno exploratorio; debido a que en el mismo se investiga un problema no tan estudiado con el objeto de ayudar con diferentes conceptos, proponer nuevas recomendaciones a través de una perspectiva innovadora que permita una solución óptima de la problemática a estudiar.

Asimismo, posee un enfoque explicativo; puesto a que se investigan las causas y desafíos que se presentan día a día mediante los procesos de contratación pública que tiene la Municipalidad del Guayas con entidades privadas dentro del período 2022, que han causado erogaciones de dinero para el país que si no son utilizadas de la manera adecuada lo único que generarán son pérdidas.

### **2.3. Enfoque de la Investigación**

Existen tres tipos de enfoques para basar una investigación, siendo estos los siguientes:

- Cualitativo
- Cuantitativo
- Mixto

#### **2.3.1. Enfoque Cualitativo**

Para Sampieri (2018) el enfoque cualitativo el principal objetivo de la investigación cualitativa es:

Explicar, comprender e interpretar los acontecimientos a partir de las percepciones y significados de los participantes, lo que permite al investigador crear sus propias opiniones sobre el tema estudiado. En consecuencia, la recogida de datos está diseñada para ayudarnos a comprender mejor los significados y experiencias de las personas. En lugar de partir de instrumentos preestablecidos, el investigador aprende observando y describiendo a los participantes. Los métodos que se le ocurren para registrar los datos se van mejorando a medida que avanza la investigación.

## **2.4. Tipos de Investigación**

### **2.4.1. Investigación Exploratoria**

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS) (2023) la investigación exploratoria es “considerada como el primer acercamiento científico a un problema. Esta se utiliza cuando este problema no ha sido abordado o sido lo suficientemente estudiado y las condiciones existentes no son aún determinantes”.

Asimismo, Aldrin Velázquez (s.f.) manifiesta que esta clase de investigación se la lleva a cabo cuando el problema se encuentra en fase preliminar, ya que se la utiliza para responder las En dicha investigación se recopilan datos directamente de los sujetos. Es decir, por medio de un grupo de personas para explorar el problema a profundidad. La recopilación en su mayoría de los casos se lo realiza mediante encuestas, entrevistas, focus group, bibliografías y demás.

En el caso a analizar se tomarán en cuenta lo que son entrevistas ya que se harán las respectivas cuestiones abogados y personas que se sientan afectadas por la falta de compromiso entre la Municipalidad del Guayas y contratistas en relación a las obras públicas inconclusas.

#### **2.4.2. Investigación Explicativa**

Al referirse a una investigación explicativa, Arias (2018) expuso en su obra “El Proyecto de Investigación: Introducción a la Metodología Científica” que la investigación explicativa “busca el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa efecto. En ese sentido, se ocupan de la determinación de las causas, como de los efectos mediante la prueba de hipótesis. Siendo el resultado y conclusiones el nivel más profundo de conocimientos.

De igual forma, Cazau (2019) indicó, a través de su discernimiento, que esta clase de investigación se aleja de ser interpretada como una sencilla relación entre preceptos, ya que se muestra a investigar el motivo cómo se generan los fenómenos, explicando, así como se relacionan las variables.

Por medio de esta clase de investigación se permiten distinguir las distintas causas y condiciones que han generado la problemática del incumplimiento contractual de los contratistas con el estado, para así insertar las respectivas conclusiones acorde a los efectos producidos.

## **2.5. Período y lugar donde se desarrolla la investigación**

El desarrollo de esta investigación se dio en Ecuador, dentro del periodo 2022-2023.

## **2.6. Universo y muestra de la investigación**

Los resultados obtenidos de este estudio se emplearán para la colección limitada de componentes relacionados entre sí, con la perspectiva y opinión de expertos profesionales en el área legal enfocada en los contratos administrativos y la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento.

En este proyecto de investigación, el objeto principal es ofrecer información de datos valiosos y esclarecedores acerca de la utilización de la garantía de fiel cumplimiento ante el incumplimiento del contratista, así como su repercusión en la sociedad ecuatoriana.

## **2.7. Métodos empíricos empleados**

A través del mismo, se investigan fenómenos o sucesos observables que pueden explicarse mediante teorías, hipótesis, observaciones, experimentos y mediciones y observaciones. (Sampieri, 2018)

### **2.7.1. Entrevistas**

Sampieri (2018) establece que:

Un método oficial de adquisición de información basado en el diálogo es la entrevista. Desde el punto de vista educativo, la comunicación profesional es crucial, al igual que la enseñanza sobre el tema en cuestión. El grado de comunicación y la cantidad de participación tienen

un impacto sustancial en el rendimiento de la tarea. El grado de comunicación entre el investigador y los participantes tiene un gran impacto en los resultados de la misión. El grado de comunicación entre el investigador y los participantes tiene un gran impacto en los resultados de la misión, personal de la misión.

Se entiende que la entrevista recaba información por medio de un diálogo formal. Puesto que, mediante la misma, se da una conversación con expertos esencial para un mayor entendimiento del tema a estudiar en cuestión.

En el presente proyecto de investigación, se emplearon entrevistas a profesionales, quienes son expertos en la rama de derecho y temas administrativos, los cuales, emitieron sus criterios en cuanto a la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento ante el incumplimiento contractual por parte del contratista en los contratos administrativos.

## **2.8. Procesamiento y análisis de la información**

En el presente trabajo de investigación, a través de la utilización del enfoque cualitativo e investigación exploratoria y explicativa, se utilizaron distintas técnicas y herramientas que permitieron la recolección de datos, siendo las mismas: las entrevistas, revisión bibliográfica y documental que permitieron obtener datos relevantes y concernientes para conocer qué tan efectivo es la garantía de fiel cumplimiento dentro de los contratos administrativos. Adicional a ello, la muestra obtenida de parte de profesionales del derecho y concedores de temas administrativos fue útil y de ayuda para poder concluir esta investigación.

**III. CAPÍTULO TERCERO**  
**ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS**

### **3.1. Resultados de las entrevistas**

En la investigación pertinente, se entrevistó a cinco profesionales, dos docentes universitarios, un abogado de libre ejercicio y un funcionario público. Se efectuaron siete preguntas que tuvieron por objeto recopilar información respecto al tema de factibilidad de garantía de fiel cumplimiento cuando se produce la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista y conocer su postura ante esta práctica.

### **3.2. Preguntas planteadas a profesionales**

1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protegen a contratos con entidades del sector público?
2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?
3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalan la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?
4. ¿Cree usted que deberían implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento, como reformas en la normativa?
5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?
6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?

7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor?

**Notas adicionales:** Al tratarse de temas con el estado, las respuestas serán tratadas con confidencialidad e utilizadas con fines meramente académicos. Se agradece de antemano su participación y su contribución a la presente investigación.

### **3.3. Entrevista 1**

1. **¿Conoce usted los tipos de garantías que protejan a contratos con entidades del sector público?**

Tengo entendido que existen varios tipos de garantías que protegen los contratos con entidades del sector público. Dichas garantías tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y buscan proteger los intereses de ambas partes. Algunos de los tipos de garantías más comunes incluyen:

Garantía de Cumplimiento o Fianza de Cumplimiento: esta garantía asegura que la parte contratista cumplirá con todas las obligaciones y términos del contrato. En caso de incumplimiento, la entidad del sector público puede hacer uso de la garantía para cubrir costos adicionales o pérdidas incurridas. En ciertos contratos, la entidad pública puede solicitar una garantía para proteger los fondos entregados por adelantado a la contratista y reclamar la garantía para recuperar.

Y la garantía del buen uso del anticipo.

## 2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?

En Ecuador, el sector público puede celebrar diversos tipos de contratos para adquirir bienes, servicios y obras públicas. Tengo entendido que los contratos más comunes en el ámbito público son:

- ✓ **Contrato de compraventa:** para la adquisición de bienes, ya sea equipo, suministros u otros productos.
- ✓ **Contrato de prestación de servicios:** se celebra para la contratación de servicios profesionales, técnicos, consultorías, asesorías y demás.
- ✓ **Contrato de obra pública:** en su mayoría es para la utilización de construcción, ampliación, mantenimiento o mejoramiento de infraestructuras públicas (carreteras, puentes, edificios, etc.)
- ✓ **Contrato de suministro:** similar al de compraventa; su principal objetivo es la provisión de bienes, con características específicas en términos de cantidad, plazos y otras condiciones.
- ✓ **Contrato de concesión:** se utiliza para la concesión de servicios públicos (suministro de agua potable, energía, transporte público, etc.)

## 3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalen la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?

Dentro de la contratación pública, las garantías son elementos importantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales y

así proteger los intereses de las partes involucradas. Si una de las partes incumple con sus obligaciones contractuales la garantía cumple con el rol de compensar los daños o costos adicionales incurridos. En su mayoría, la efectividad de estas garantías se encuentra respaldado en su legislación y cláusulas contractuales específicas. Además, existen resoluciones judiciales que respalden la validez y aplicabilidad de las garantías en casos específicos, estableciendo así precedentes para guiar futuras interpretaciones legales.

#### **4. ¿Crees usted que debería fortalecerse las sanciones a estas instituciones que incumplen con la garantía de los contratos?**

Fortalecer las sanciones a las instituciones que incumplan con los contratos y con las garantías es un tema bastante complejo que depende de varios factores, incluyendo el marco legal ya existente, las circunstancias específicas de cada caso y los objetivos de la política pública.

Debería de considerarse:

- ✓ **Equilibrio y Proporcionalidad:** para que las sanciones sean proporcionales al incumplimiento y busquen restablecer el equilibrio contractual. Ya que, si hay sanciones excesivas, estas tendrán efectos negativos en la participación de procesos de contratación.
- ✓ **Claridad y Transparencia:** las reglas y sanciones deben ser claras y transparentes para todas las partes involucradas, que cada una de ella comprenda las consecuencias de su incumplimiento.

- ✓ **Prevención y Educación:** también es importante implementar medidas que fomenten el cumplimiento contractual desde el inicio (asesoramiento y capacitación) para comprender y cumplir mejor sus obligaciones.
- ✓ **Flexibilidad:** que ninguna situación será igual que la otra. Por tanto, las sanciones deben tener cierta flexibilidad para que sea adaptada a cada circunstancia especial debido a que pueden existir casos donde el incumplimiento vaya más allá de la culpabilidad del contratista o de la institución.
- ✓ **Revisión periódica:** para asegurar que los objetivos se están logrando sin crear cargas indebidas para la participación en procesos de contratación.

**5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

Para mí, es desde el momento en que se vaya a realizar el contrato y a ejecutarlo ya que no se hace una investigación profunda respecto al adjudicatario que se planea contratar, y por ello es que al final hay pérdidas para el estado, por culpa de la falta de interés del contratista.

**6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Es vital para el desarrollo del país, tanto jurídico y económico, ya que si no se hacen reformas o mejoras en la normativa lo único que ocurrirá es que sigan contratando entidades que no tienen un compromiso con el estado.

**7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

Una reforma en la normativa, que haga efectivo las garantías. En especial de fiel cumplimiento, porque en ocasiones por querer cobrar al tercero garante, se terminan iniciando procesos que duran años y que al final no se obtiene ninguna ganancia.

**3.4. Entrevista 2**

**1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protejan a contratos con entidades del sector público?**

Si, existen dos tipos de garantías que protegen los contratos con entidades del sector público; siendo la primera la garantía de fiel cumplimiento del contrato y la garantía del buen uso del anticipo.

La primera se mantiene hasta dar cumplimiento a la fecha del contrato. Es decir, si el contrato tiene 120 días de ejecución, la garantía de fiel cumplimiento debe ser por los 120 días por lo mínimo. De igual forma, la garantía del buen uso del anticipo se la utiliza hasta que el anticipo se haya devengado, debe ser en base del dinero que se vaya a dar y se devengará mediante presentación de planilla, de forma mensual.

## 2. **¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?**

Son obras de bienes y servicios, consultoría, régimen especial y pliegos de licitación de seguro. Cada uno tiene sus anexos. En el caso de obra se puede manejar:

- Bienes y servicios normalizados: ínfimas cuantías, la subasta inversa electrónica, por catálogo electrónico.
- Bienes y servicios no normalizados: menor cuantía, cotización y licitación.
- En obras se divide en varios tipos de contrataciones: menor cuantía, licitación y la contratación integral por precio fijo.
- Las consultorías están conformadas por: contratación directa, concurso público y contratación por lista corta.

Adicional a ello, existen tipos de contrataciones por ferias inclusivas de nivel central, sub central y otras entidades.

## 3. **¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalen la efectividad de la garantía dentro la contratación pública?**

Ha sido muy complicado llevar este tipo de manejo, ya que, en los años de experiencia, cuando se ha querido someter al contratista a una responsabilidad que recae las garantías emitidas por una institución financiera, ellos están preparados para su defensa. En ocasiones se les ha dado montos altos a contratistas y días posteriores del pago, estos mismos

se van al exterior y la obra queda estancada. Y al querer ejecutar las garantías existen obstáculos porque al final no están bien respaldados y se presione para la devolución y no responden por tanto se va a juicio y termina en la mayoría de los casos en pérdida.

4. **¿Crees usted que debería fortalecerse las sanciones a estas instituciones que incumplen con la garantía de los contratos?**

Cuando se quiere meter presión de los recursos dados al contratista, se evaden y nunca devuelven. Por tanto, si deberían de existir sanciones más rigurosas a las financieras, o a su vez, estas financieras dar documentos que avalen los valores recibidos por parte del contratista de a quien le otorgaron la garantía. Ya que caso contrario, estarían desfalcando al estado.

5. **¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

Considero que uno de los mayores impactos del incumplimiento contractual, se genera principalmente durante la fase de ejecución, debido que su realización se lleva a cabo de manera informal, es decir, no ejecutan un adecuado análisis de los antecedentes durante la fase precontractual.

6. **¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Es sustancial e imperativo la gestión por parte del estado en regular y endurecer las normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, debido a poder instaurar mecanismos de control respecto los problemas ocasionados dentro de la contratación pública durante la etapa de ejecución de contratos fraudulentos, con la finalidad preventiva y sancionadora como lo amerita la ley ecuatoriana.

**7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

A lo largo de mi experiencia, creería que una opción viable para el fortalecimiento de las garantías ante el incumplimiento de contratos públicos, se basaría en la iniciativa por parte de los administradores de justicia, en poder efectivizar mediante sus sentencias con la adecuada motivación del asunto, lo cual podría servir para acatar las disposiciones establecidas por parte ellos, y al mismo tiempo realizar mecanismos óptimos de control.

**3.5. Entrevista 3**

**1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protejan a contratos con entidades del sector público?**

Sí, están definidas y descritas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP). Ellos son:

- a. La incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.

b. La fianza, que debe ser dada a través de una póliza de seguro con calidad de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.

c. Primera hipoteca de bienes raíces, cuyo monto de garantía no exceda del 60% del valor del inmueble hipotecado.

d. Depósito de bonos del Estado o de Municipalidades.

e. Certificado de depósito a plazo emitido por cualquier entidad financiera del país (pública o privada).

Es menester observar que este artículo exige, en su parte final, que la garantía debe ser privilegiada, es decir, que supere a otras garantías en la prelación de créditos.

## **2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?**

Contratos de obra, contratos de adquisición y arrendamiento de bienes y contratos de prestación de servicios, según artículo 1 de la LOSNCP.

## **3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalen la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?**

Sí, son muchos los fallos del Tribunal Contencioso-Administrativo con sede en Guayaquil que avala la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento, siempre que ésta no haya prescrito al momento de hacerla

efectiva. Si la prescripción acontece, el Tribunal juzgador declarará a favor de quien la invoque, es decir, del actor del juicio quien sería el contratista de la entidad pública.

**4. ¿Cree usted que debería implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento?**

No necesariamente ya que, si existen sanciones establecidas en la LOSNCP, sin embargo, hay vacíos legales. Aun así, si se emplean sanciones más rigurosas se ahuyentaría la inversión pública y extranjera. Lo que debería de implementarse es un mejor control de las garantías, en especial la de fiel cumplimiento, para evitar las sanciones ya que la entidad contratante advertiría al contratante y habrá mejores resultados.

**5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

Considero que es un impacto negativo a la sociedad ecuatoriana porque todo contrato público conlleva una inversión social y si aquel fracasa, también fracasará la sociedad beneficiaria, por muy pequeña que fuese, pues, repercute en la sociedad ampliada de manera indirecta. Por ejemplo, una represa de agua, una central eléctrica, carreteras, todas esas obras públicas si están inconclusas por falta de garantía de fiel cumplimiento o por

haberse vencido, la repercusión es enorme para los usuarios de aquellas obras tornadas en ineficaces debido a esa razón.

**6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Es importantísimo y se lo efectúa a través del control severo y exhaustivo por parte de cada entidad pública contratante.

**7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

De mis 22 años en el sector público defendiendo en juicio los intereses del Estado, algunos de ellos relacionados con la contratación pública, puedo aseverar que la tecnología es la vía para el control eficaz de toda entidad pública contratante.

Las TICs de cada contratante debería, por ley o por reglamento, desarrollar un software para llevar el control de los vencimientos de estas y de las demás garantías de manera exacta y crear un sistema efectivo de notificación a los contratistas antes del vencimiento de sus garantías, a través de la plataforma de cada entidad contratante. De hecho, algunas entidades públicas autónomas y otras derivadas de la Función Ejecutiva, ya ejecutan esta buena práctica con certeza y éxito, pero son pocos los Gobiernos

Autónomos Descentralizados en Ecuador que funcionan con eficacia, a la mayoría les falta invertir en tecnología, sus plataformas electrónicas son pocas y ninguna especializada en contratación pública.

### **3.6. Entrevista 4**

#### **1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protejan a contratos con entidades del sector público?**

Las organizaciones del sector están protegidas por dos tipos diferentes de garantías: la primera es la garantía de fiel cumplimiento, que cubre el cumplimiento del contrato, y la segunda garantía se refiere al correcto uso del anticipo.

#### **2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?**

Incluye trámites de licitación de seguros, régimen especial, consultoría y productos y servicios. Contratos de obras públicas y concesión.

#### **3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalen la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?**

Resoluciones, no como tal. Pero si tengo entendido que, en ciertos casos, hay adjudicatarios que se les ha pagado suma de dinero, pero las obras quedan abandonadas o inconclusas porque abandonan el país por meses o sólo desaparecen. Se pide el reembolso, pero no se suele obtener el apoyo de las entidades, debido a que estas se niegan. Se toman acciones

legales para ello, pero de igual forma se suele perder y el contratista huido, se quede con las ganancias.

**4. ¿Cree usted que debería implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento?**

Por supuesto, ya que como se mencionó en la pregunta anterior, se hizo hincapié que se suele perder los ingresos dados a los contratistas y las sanciones no son altas, incluso dejando a los adjudicatarios libre de toda obligación.

**5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

Para la sociedad sería un impacto perjudicial. Los contratos con la administración pública son a la larga inversiones que permiten beneficiar a la sociedad, y si hay un estancamiento o fracasa, la consecuencia afectará directamente a los ciudadanos.

**6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Es muy importante porque al tomar acciones se evita fallos dentro de la administración pública que conlleve pérdidas de dinero para el estado.

**7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

Considero que los GADS, asamblea nacional o entidades con la facultad de reformar normativas, hagan un estudio que permita que evite que el contratista quisiera incumplir el contrato, siendo este por la modificación de articulados.

**3.7. Entrevista 5**

**1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protegen a contratos con entidades del sector público?**

En la contratación pública se consideran 3 tipos de Garantías:

- Las garantías técnicas por bienes
- Garantía de fiel cumplimiento
- Garantías de Anticipo del buen uso del recurso publico

**2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?**

El sector público maneja los siguientes tipos de contratos públicos:

- Contratos emergentes
- Contratos complementarios,
- Contratos integrales,
- Contratos de ejecución de obras.

**3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalan la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?**

Como tal no, pero dentro del procesos se relaciona con los principios de la contratación pública, se garantiza el fiel cumplimiento del contrato y de ejecutarse de forma transparente.

**4. ¿Cree usted que deberían implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento, como reformas en la normativa?**

Si, como tal se está utilizando el recurso público, que viene de nuestros propios impuestos, y relativamente debe tener una sanción extra penal dentro de los delitos contra la administración pública.

**5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

El impacto se fija al momento de que la fase de ejecución se realiza sin tener el estudio o el antecedente de la historia de la fase preparatoria y la fase precontractual.

**6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Es demasiado importante porque al momento de fortalecer o poner las leyes a accionar al momento de una mala práctica dentro de la

contratación pública en etapa de ejecución mediante contratos fraudulentos, se debe tener un poco más de rigor al momento de sancionar tanto civil, penal y administrativa.

**7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

Que el Gobierno central, ponga leyes que realmente los jueces den sus efectos, al momento de ponerlas en cuestión, para que se haga efectiva la ley y no haya más casos de corrupción

**3.8. Interpretación de los Resultados**

**1) ¿Conoce usted los tipos de garantías que protegen a contratos con entidades del sector público?**

De las respuestas obtenidas de la pregunta número uno, se pudo establecer que los cinco entrevistados, todos tienen conocimiento alguno de cuáles son las garantías actuales que protegen a los contratos con el sector público, siendo la mismas la de fiel cumplimiento y el buen uso del anticipo.

**2) ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?**

En esta pregunta las respuestas variaron. El entrevistado uno, se refirió a cinco tipos de contratos administrativos, el entrevistado dos a cuatro tipos de contratos (normalizados, no normalizados, consultorías). El

entrevistado tres, cuatro y cinco se refirieron a los contratos de obra, adquisición, arrendamiento de bienes y prestación de servicios.

**3) ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalan la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?**

Cuatro de los cinco entrevistados no conocen como tal sentencias o resoluciones que avalen la efectividad de la garantía del fiel cumplimiento. Sin embargo, expresaron información que fue útil para la investigación. A su vez, una de las entrevistadas debido a sus años de experiencia, manifestó que conoce de ciertas sentencias y fallos a favor de la administración para hacer cumplir las garantías dentro de la contratación pública.

**4) ¿Cree usted que deberían implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento, como reformas en la normativa?**

Para tres de los entrevistados, debería de hacerse una reforma en la legislación en ciertos artículos, para uno de los entrevistado es necesario la reforma en la legislación de contratación pública, pero que, a su vez, se implemente una sanción extra penal para quienes incumplan los contratos y se lleven dinero del estado. Una entrevistada, por su parte, estableció que no era favorable hacer la reforma ya que, si se hace, esta ahuyentaría la inversión pública y extranjera.

**5) ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?**

Para tres de los entrevistados el impacto se da en el momento de fase de su ejecución. Para los otros dos entrevistados, el impacto es negativo y perjudica en alto grado a la sociedad, ya que, si se dejan las obras estancadas, la población ecuatoriana es la más vulnerada.

**6) ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?**

Para los cinco entrevistados, si es importante que el estado tome las debidas acciones ya que por medio de las mismas se hará efectivo las garantías, y se dejará de ejecutar una mala práctica.

**7) En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor efectividad de las garantías ante el incumplimiento de los contratos públicos?**

Para la mayoría de los entrevistados se debe de realizar mecanismos de control con anterioridad, que aseguren que el contratista cumplirá con lo pactado. Que así también se reforme la legislación y se creen nuevas normas que hagan efectivo la garantía para evitar juicios que derogan tiempo y dinero para el estado.

**IV. CAPÍTULO CUARTO**  
**PROPUESTA**

#### **4.1. Propuesta**

Elaborar una propuesta que reforme el art. 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, agregándole un inciso que someta al adjudicatario a cumplir con los parámetros del contrato y que este porcentaje de garantía suba al 40% en un plazo a pagar de dos meses en caso de incumplimiento en obras de libre movilidad y servicios básicos.

#### **4.2. Justificación y descripción de la propuesta**

La normativa actual de Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que una vez ganado el concurso en el portal de Compras Públicas y firmado el contrato con la entidad del estado, se rendirá una garantía de fiel cumplimiento del 5% del valor total del contrato, al referirse a los contratos de obra. La finalidad de esta garantía es asegurarle a la entidad contratante de tener la plena responsabilidad técnica y jurídica que garantice que en la ejecución de las obras se cumpla con los tiempos y materiales acordados dentro del mismo, para cubrir los gastos que se puedan generar por la mala calidad e implementación de materiales y mano de obra, o incluso desaparición del contratista encargado de la obra.

En ocasiones, se ha incumplido con la ejecución de dichos trabajos y la institución pública se ha visto en la obligación de realizar terminaciones unilaterales, que es una de las causales para la terminación del contrato como lo dicta el art. 94 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, por motivo de incumplimiento del contratista. Es en ese momento que es procedente la ejecución

del valor de la garantía del 5% como se estima en la normativa. Sin embargo, cuando la institución quiere ejecutar la garantía de fiel cumplimiento porque el contratista no ha cumplido, la aseguradora pone trabas para la institución y complica el desembolso de los valores por parte de los bancos y que al final no se ejecute dicha garantía.

En conclusión, se considera que el artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública se le debe de agregar la siguiente condición:

**Art. 74.- Garantía de fiel cumplimiento. -**

*(...) Será del 40% del monto de lo pactado en el contrato, lo que el adjudicatario deberá cancelar al contratista en un plazo de dos meses por su incumplimiento, si estas contrataciones son obras que faciliten la libre movilidad o que no permita el uso de servicios básicos como agua y luz.*

Esta propuesta favorecerá a las entidades públicas en caso de cumplimiento del contratista, debido a que, la garantía será más eficaz y no le conllevará erogaciones de dinero al estado, ya que conducirá a que las partes garantes cumplan con su objetivo de ser garantes. De tal manera, existirá una mejora el sistema de la ciudad de Guayaquil en el ámbito administrativo y se hará la devolución de los pagos perdidos para que estos vayan directamente a las obras estancadas y puedan finalizarse sin problema.

**4.3. Beneficiarios de la propuesta**

En esta investigación, los beneficiarios de la propuesta mencionada con anterioridad es el presupuesto del Estado que es el afectado directamente; y a su

vez, la sociedad indirectamente por falta de regulación de esta práctica, ya que no se contará con mejores en las obras.

#### **4.4. Factibilidad de la propuesta**

La propuesta es factible, puesto que, permite a la Asamblea Nacional tomar acciones de manera inmediata para que tenga el uso correcto la garantía de fiel cumplimiento ante el incumplimiento del contratista. Esta propuesta tendría un impacto importante y necesario dentro del sector público, ya que existirá una correcta aplicación de la normativa y así las entidades gubernamentales tendrán seguridad y confianza de no recurrir a pérdidas en caso de que el adjudicatario no se haga responsable por sus acciones u omisiones y el tercero garante pague lo adeudado por su falta de compromiso.

### **C) Conclusiones**

En la investigación estudiada se hizo un estudio, en primer lugar, a la doctrina según autores del mundo y a la normativa vigente respecto a la Contratación Pública, su concepto, finalidad y garantías, concluyéndose que, a pesar de existir garantías que protejan al estado en sus procesos de contratación, en la mayoría de ocasiones esta garantía no es del todo efectiva puesto que el adjudicatario(contratista) incumple con el contrato y la entidad pública al querer cobrar su respectiva garantía, existen trabas que se lo impiden.

De igual forma, se hizo un análisis comparativo entre legislaciones ecuatoriana, chilena, peruana y colombiana donde se pudo constatar que en la mayoría de países estudiados hay las mismas garantías pero que a su vez también cuentan con fallos. Mediante un estudio exploratorio y explicativo, a través de una metodología cualitativa, se realizaron entrevistas a 5 profesionales expertos en derecho de contratación pública que laboraron o laboran directamente en entidades públicas que realizan contratos administrativos de obras públicas.

Se planteó una propuesta de acción de reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, agregándole un inciso extra que suba el porcentaje de garantía de fiel cumplimiento al 40%, en un plazo de dos meses, por incumplimiento de obras de servicios básicos y libre movilidad. A su vez, se plantean recomendaciones que fueron estudiadas según la problemática de la investigación.

#### **D) Recomendaciones**

- 1) Reforma en la legislación donde se exija un mejor cumplimiento del contratista y que a su vez se efectivice el cobro de la garantía por incumplimiento de la obra.
- 2) Identificar y cerrar los vacíos legales que existan dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para que no se justifique la falta de compromiso por parte del contratista y tercero garante.
- 3) Que exista una mayor exigencia en cuestión de requisitos para los contratistas que participen dentro de los concursos del Portal de Compra Públicas. Por ejemplo; que se exijan más cartas de recomendaciones de otras instituciones con las que hayan laborado con anterioridad.
- 4) La creación de un mayor filtro de control por parte del Departamento de Compras Públicas al elegir al adjudicatario (contratista) para la realización de obras, para así evitar pérdidas económicas al estado.
- 5) Exigir a las aseguradoras que previo al contrato, determinen y establezcan las causales por las cuales no se podrá hacer el cobro de la garantía de fiel cumplimiento ante la falta de compromiso del contratista.

## E) Referencias

Pérez, López y Aguilar. (s.f.). *Manual de contratación pública*.

Ander-Egg, E. (1992). *Técnica de Investigación Social*. México: El Ateneo.

Arias, F. (2018). *El Proyecto de Investigación: Introducción a la metodología científica*. Caracas: Episeme, C.A. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, de [https://www.researchgate.net/profile/Fidias-Arias-Odon-2/publication/27298565\\_El\\_Proyecto\\_de\\_la\\_Investigacion\\_Introduccion\\_a\\_la\\_Metodologia\\_Cientifica/links/572c131608aef7c7e2c6bbe3/El-Proyecto-de-la-Investigacion-Introduccion-a-la-Metodologia-Cientifica](https://www.researchgate.net/profile/Fidias-Arias-Odon-2/publication/27298565_El_Proyecto_de_la_Investigacion_Introduccion_a_la_Metodologia_Cientifica/links/572c131608aef7c7e2c6bbe3/El-Proyecto-de-la-Investigacion-Introduccion-a-la-Metodologia-Cientifica).

Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires.

Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires.

Buenaventura, C. (1980). *Seguros de Garantía*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Cabanellas, G. (2006). (Heliasta, Ed.) Recuperado el 02 de octubre de 2023, de <https://unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/sites/unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/files/files/Biblioteca%202022/G%C3%A9nero%2C%20Sociedad%20y%20Justicia/GSJ-11%20Diccionario%20juri%CC%81dico%20elemental.%20Guillermo%20Cabanellas%20de%20Torres.pdf>

Cassagne, J. C. (s.f.). *El Contrato Administrativo*.

Cazau, P. (2019). *Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales* (Tercera Edición ed.). Buenos Aires, Argentina: American Psychological Association.

Obtenido de

[http://alcazaba.unex.es/asg/400758/MATERIALES/INTRODUCCI%C3%93N%](http://alcazaba.unex.es/asg/400758/MATERIALES/INTRODUCCI%C3%93N%20)

Cruz, P. d. (1995). *Comparative Law in a Changing World* (segunda edición ed.).

Londres: Cavendish Publishing Limited.

David, R. (1973). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid:

Aguilar.

Dromi, R. (1973). *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires: Depalma.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (novena ed.). Buenos Aires, Argentina:

Ciencia y Cultura.

Eduardo, G. d. (2004). *Curso de Derecho Administrativo, Tommo II*. Madrid:

CIVITAS.

Egas, J. Z. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A.

Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7579/1/T3292-MDE-Herrera-La%20aplicacion.pdf>

Española, R. A. (2022). *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado el

12 de noviembre de 2023, de <http://dle.rae.es/?id=Rqpkdjg>.

- Farrando, I. (2002). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gimeno Sendra Vicente, Moreno Catena Victor y Sala Sánchez Pascual. (2002). *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid: Centro de Areces. Obtenido de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3515/1/111727.pdf>
- González, S. S. (06 de julio de 2020). *Portal Compras Publicas*. Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/12/SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF.pdf>
- Gorbaneff, Y., & Cabarcas, G. (2009). *Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia*. Revista de Derecho. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/30455/2020marlonescobar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gordillo Agustín A, Berçaitz Miguel Ángel, Rivero Jean, Escola Héctor Jorge, Cabanellas Guillermo, Fernández de Velazco, Dromí José Roberto, García Oviedo. (s.f.). Principios de contratación pública. Recuperado el 04 de diciembre de 2023, de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3515/1/111727.pdf>
- Gutteridge, H. (1946). *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Laso, E. S. (1963). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.

- Martinez, E. E., & Ramirez Mora, J. M. (2006). *La Corrupción en la Contratacion Estatal Colombiana, una aproximación desde el neoinstitucionalismo*. Reflexion Politica, 1. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/30455/2020marlonescobar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mercado, S. N. (2015). *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*. Quito.
- Ministerio de Hacienda, G. d. (2023). *ChileCompra*. Recuperado el 1 de diciembre de 2023, de <https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/>
- Nacional, A. (24 de junio de 2005). Código Civil Ecuatoriano. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46. Obtenido de [file:///C:/Users/genes/Downloads/CompletosSinConcordanciaspdf31\\_-\\_C%C3%83\\_DIGO\\_CIVIL\\_-\\_CC%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/genes/Downloads/CompletosSinConcordanciaspdf31_-_C%C3%83_DIGO_CIVIL_-_CC%20(2).pdf)
- Nacional, A. (4 de agosto de 2008). LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. *Suplemento del Registro Oficial No. 395*. Quito, Pichincha, Ecuador: Suplemento del Registro Oficial No. 395. Obtenido de [file:///C:/Users/genes/Downloads/CompletosSinConcordanciaspdf1067166\\_-\\_LEY\\_ORG%C3%83\\_NICA\\_DEL\\_SISTEMA\\_NACIONAL\\_DE\\_CON%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/genes/Downloads/CompletosSinConcordanciaspdf1067166_-_LEY_ORG%C3%83_NICA_DEL_SISTEMA_NACIONAL_DE_CON%20(1).pdf)

- Ordóñez, H. J. (1999). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Pérez, E. (2014). *Derecho Administrativo, 4.a vol. 2*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7579/1/T3292-MDE-Herrera-La%20aplicacion.pdf>
- Rodríguez, A. A. (2004). *De los contratos*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Salud, O. P. (2023). *OPS*. Recuperado el 13 de noviembre de 2023, de [https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10484:educacion-inocuidad-alimentos-clasificacion-de-investigacion&Itemid=0&lang=es#gsc.tab=0](https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10484:educacion-inocuidad-alimentos-clasificacion-de-investigacion&Itemid=0&lang=es#gsc.tab=0)
- Sampieri, H. (2018). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: McGraw-Hill.
- Serrano, L. J. (2015). *repositorio.uasb.edu.ec*. Recuperado el 31 de octubre de 2023, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4804/1/T1815-MDE-Suarez-La%20desacertada.pdf>
- Soliz, O. P. (19 de enero de 2021). Recuperado el 1 de diciembre de 2023, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7865/1/T3403-MDCP-Viscarra-Evolucion.pdf>
- Tobar, M. M. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*.
- Valencia, M. Á. (2012). *Contratos Civiles*. México: Porrúa.

## **F) ANEXOS**

### **ANEXO1. CUESTIONARIO DE PREGUNTAS PARA ENTREVISTAS**

1. ¿Conoce usted los tipos de garantías que protegen a contratos con entidades del sector público?
2. ¿Qué tipos de contratos maneja el sector público?
3. ¿Ha oído de sentencias o resoluciones que avalan la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento dentro la contratación pública?
4. ¿Cree usted que deberían implementarse sanciones más rigurosas a estas instituciones que incumplen con la garantía de fiel cumplimiento, como reformas en la normativa?
5. ¿Cuál considera que ha sido el impacto del incumplimiento contractual por parte del adjudicatario en la sociedad ecuatoriana?
6. ¿Cuán importante es que el Estado ecuatoriano tome acciones para disminuir la mala práctica de la efectividad de la garantía de fiel cumplimiento en las instituciones públicas?
7. En base a su experiencia, ¿qué mecanismos considera oportunos a emplear en el Ecuador para una mayor?