

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**El incumplimiento de pagos en los contratos de obra pública desde una
perspectiva del derecho administrativo**

AUTOR:

Ing. Maldonado Amaya, Daniel Andrés

**Trabajo de Titulación previo a la Obtención del Título de ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

TUTORA

Abg. Alarcón Valencia Gladis Adelaida, PhD.

Guayaquil, Ecuador

4 de septiembre de 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Maldonado Amaya Daniel Andrés**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR (A)

0915097919 GLADIS
ADELAIDA ALARCON
VALENCIA

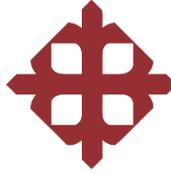
Firmado digitalmente por
0915097919 GLADIS ADELAIDA
ALARCON VALENCIA
Fecha: 2023.10.02 14:14:24 -05'00'

f. _____
Alarcón Valencia, Gladis Adelaida

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Maldonado Amaya Daniel Andrés

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **EL INCUMPLIMIENTO DE PAGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2023

EL AUTOR:



DANIEL ANDRÉS MALDONADO AMAYA

f. _____

Maldonado Amaya Daniel Andrés



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Maldonado Amaya Daniel Andrés

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **EL INCUMPLIMIENTO DE PAGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2023

EL AUTOR:



firmado electrónicamente por:
**DANIEL ANDRÉS
MALDONADO AMAYA**

f. _____

Maldonado Amaya Daniel Andrés

REPORTE URKUND

The screenshot shows the URKUND web interface. On the left, document details are listed: 'Documento: DANIEL MALDONADO AMAYA TRABAJO TITULACION.docx (D173863700)', 'Presentado por: gladis.alarcon@ucsg.edu.ec', 'Recibido: gladis.alarcon.ucsg@analisis.orkund.com', and 'Mensaje: RVI CORRECIÓN TESIS DAM Mostrar el mensaje completo'. A yellow box indicates '75% de estas 19 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' (List of sources) is displayed, containing 19 entries from various universities, including Universidad Tecnológica Indoamérica, Universidad Central de Ecuador, and Universidad Andina Simón Bolívar.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO
TEMA EL INCUMPLIMIENTO DE PAGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
AUTOR: Ing. MALDONADO AMAYA DANIEL ANDRES
Trabajo de Titulación previo a la Obtención del Título de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA
TUTORA Aca. ALARCON VALENCIA GLADIS ADELAIDA, PhD.
Guayaquil, Ecuador 2 de septiembre de 2023
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS CARRERA DE DERECHO
CERTIFICACION
Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por Maldonado Amaya Daniel Andrés, como requerimiento para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.
TUTORA
_____ Aca. Gladis Adelaida Alarcón Valencia, PhD.
DIRECTORA DE LA CARRERA
_____ Dr. Nuria Pérez Pulg-Mir
Guayaquil, a los 2 del mes de septiembre del año 2023
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS CARRERA DE DERECHO
DECLARACION DE RESPONSABILIDAD
Yo, Maldonado Amaya Daniel Andrés
DECLARO QUE: El Trabajo de Titulación: EL INCUMPLIMIENTO DE PAGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA CAUSAS Y SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas constan en el documento, cuyos fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

Activar Windows
Ve a Configuración para activar Windows.

TUTOR (A)

0915097919 GLADIS
ADELAIDA ALARCON
VALENCIA

Firmado digitalmente por
0915097919 GLADIS ADELAIDA
ALARCON VALENCIA
Fecha: 2023.10.02 14:14:24 -05'00'

f. _____
Alarcón Valencia, Gladis Adelaida

EL AUTOR:



Firmado digitalmente por
DANIEL ANDRES
MALDONADO AMAYA

f. _____
Maldonado Amaya Daniel Andrés

Agradecimiento

A Dios por su inconmensurable amor por mí en la cruz;

A mi esposa por su paciencia, comprensión y apoyo;

A mis hijos Daniel y Caleb que son mi fuente de alegría y descanso;

A mi padre por su guía y apoyo;

A mi familia.

Dedicatoria

Este trabajo de investigación está dedicado a mi padre Miguel sin el cual jamás habría imaginado estudiar Derecho.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. Xavier Zavala Egas
DECANO

f. _____

Abg. Ángela María Paredes Cavero
Coordinadora de UTE

f. _____

Abg. María Patricia Ñíguez Cevallos
OPONENTE

INDICE GENERAL

| | |
|--|-----|
| RESUMEN | XI |
| ABSTRAC | XII |
| INTRODUCCIÓN | 2 |
| 1. LA OBRA PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... | 4 |
| 1.1. Contratos Administrativos..... | 4 |
| 1.3. Elementos en el Contrato de Obra Pública..... | 5 |
| 1.3.1. Sujetos intervinientes..... | 5 |
| 1.3.2. El Consentimiento | 6 |
| 1.3.3. El Objeto..... | 6 |
| 1.3.4. La Causa | 7 |
| 1.3.5. La Forma..... | 7 |
| 1.3.6. La Finalidad..... | 8 |
| 1.4. Características del Contrato Administrativo de Obra Pública..... | 8 |
| 2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN | 10 |
| 2.1. Fase Preparatoria | 11 |
| 2.2. Fase Precontractual..... | 12 |
| 2.3. Fase Contractual | 13 |
| 3. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL | 15 |
| 3.1. Cláusulas Exorbitantes | 16 |
| 3.2. Principales Cláusulas Exorbitantes en Contratos de Obras Públicas | 17 |
| 3.2.1. Continuidad | 17 |

| | | |
|--------|--|----|
| 3.2.2. | Mutabilidad..... | 17 |
| 3.2.3. | <i>Ius Variandi</i> | 18 |
| 3.2.4. | Terminación Unilateral del Contrato..... | 19 |
| 3.3. | Incumplimiento del Contratista..... | 19 |
| 4. | LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL..... | 21 |
| 4.1. | Incumplimiento de las Obligaciones de Pago de la Contratante y su Incidencia en los Contratos de Obra Pública..... | 22 |
| 4.2. | Causas subyacentes en el Incumplimiento de Pagos en los Contratos Públicos | 24 |
| 4.2.1. | Corrupción en la Contratación Pública..... | 24 |
| 4.2.2. | Mala Administración de Recursos Públicos..... | 26 |
| | CONCLUSIONES | 28 |
| | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 30 |

RESUMEN

Este trabajo se centró en el incumplimiento de pagos en los contratos de obra pública que involucran a la administración pública y a contratistas privados, resaltando la importancia de la contratación pública en la adquisición de obras, bienes y servicios, especialmente en proyectos de infraestructura.

La metodología utilizada en este trabajo de investigación es analítica y descriptiva. El proceso metodológico consistió en identificar y comprender los conceptos claves relacionados con la obra pública y los contratos administrativos. Se destacaron elementos esenciales y característicos de estos contratos, así como su importancia en la ejecución para el interés colectivo. Se analizó el proceso de contratación en sus diferentes etapas: preparatoria, precontractual y contractual.

Los contratos de obra pública, dentro del Derecho Administrativo, incluyen cláusulas exorbitantes que reflejan el poder del Estado para intervenir y asegurar el cumplimiento eficaz del contratista, ya que el incumplimiento contractual es un aspecto crucial debido a sus repercusiones en las obras públicas. Finalmente, se aborda la responsabilidad que tiene el Estado en casos de incurrir en el incumplimiento sus obligaciones contractuales como consecuencia de la corrupción y la mala administración de recursos públicos, y su afectación a la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía.

Palabras clave: Contratación pública, obra pública, contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, interés público, administración pública.

ABSTRAC

This work focuses on payment defaults in public works contracts involving the public administration and private contractors, highlighting the significance of public procurement in the acquisition of public works, goods, and services, particularly in infrastructure projects. The methodology employed in this research is analytical and descriptive.

The methodological process entailed identifying and comprehending key concepts related to public works and administrative contracts. Essential and characteristic elements of these contracts were underscored, along with their importance in execution for the collective interest. The contracting process was analyzed across its distinct stages: preparatory, pre-contractual, and contractual.

Public works contracts, within Administrative Law, encompass exceptional clauses that mirror the state's authority to intervene and ensure the effective compliance of the contractor, given that contractual non-compliance is a pivotal aspect due to its repercussions on public works. Lastly, the state's accountability is addressed in instances where breaches of contractual obligations occur as a result of corruption and mismanagement of public resources, and their impact on meeting the needs of the citizenry.

Keywords: Public Procurement, public works, administrative contract, exceptional clauses, public interest, public administration.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es fundamental para la gestión y funcionamiento del Estado en la administración de recursos y servicios para el beneficio de los ecuatorianos. A través de las compras públicas el Estado adquiere obras, bienes y servicios para cumplir con sus funciones y responsabilidades, garantizando los principios de transparencia y eficiencia en la utilización de los recursos públicos, promoviendo la competencia entre proveedores y asegurando que los contratos se otorguen a los oferentes más idóneos y calificados.

Es así, que en su artículo 288 la Constitución de la República del Ecuador (2008), que puede denominarse abreviadamente CRE, se ordena que las compras públicas deben cumplir con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micros, pequeñas y medianas unidades productivas.

De manera que, para obtener un desarrollo sostenible y progresivo en la sociedad, el Cuarto Considerando la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) establece que:

“Los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional.”. (2008).

Cuando la ley menciona la ejecución de obras, hace referencia a proyectos de infraestructura o construcción, que son financiados por instituciones públicas con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y promover el desarrollo del país. Estas obras pueden incluir carreteras, puentes, hospitales y subcentros de salud, escuelas y universidades, sistema de agua y otros proyectos de interés público.

No obstante, los proyectos de obra pública en la mayoría de los casos pueden enfrentar desafíos financieros, principalmente por el incumplimiento de pagos por parte del Estado. Esta circunstancia surge cuando el proveedor o contratista no recibe los pagos en el tiempo establecido

en el acuerdo, lo que dificulta el cumplimiento de las finalidades propuestas por la entidad contratante que tiene un interés social, impidiendo dar de manera oportuna una obra pública que sirve para satisfacer las necesidades de la población.

Por ello, es imperativo que se aborde esta problemática, en el contexto del Derecho Administrativo, para examinar las implicaciones jurídicas de los incumplimientos contractuales, considerando las responsabilidades legales que recaen sobre las instituciones públicas y contratistas, proporcionando el marco normativo y los mecanismos de control necesario para asegurar una contratación pública efectiva y alineada con los principios constitucionales, a fin de alcanzar un equilibrio entre los intereses públicos y privados, que permita un desarrollo sostenible y progresivo en nuestro país, reflejado a través de obras públicas de calidad.

1. LA OBRA PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el contexto del Derecho Administrativo, según García y Martínez (1957) las obras públicas son aquellas que se llevan a cabo por un organismo administrativo o bajo su dirección, con el propósito inmediato de beneficiar al interés público para lo cual son financiadas directa o indirectamente con recursos públicos (p. 504).

De manera que, están estrechamente relacionados, debido a la naturaleza regulatoria y legal de sus actividades en el sector público para la ejecución de proyectos de infraestructura y desarrollo.

Dentro del marco legal y regulación a los procesos de contratación de obra pública tenemos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de ahora en adelante (LOSNCP), la cual finalmente nos guía a un contrato administrativo como instrumento jurídico mediante el cual se formaliza la relación entre la administración pública y el contratista para la realización de la obra.

1.1. Contratos Administrativos

Dentro del sistema normativo ecuatoriano, referente al contrato administrativo, el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo (2017), expresa:

“Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”.

Para Dromi (1998) desde un punto de vista conceptual, el contrato administrativo se concibe como una manifestación recíproca de voluntades, generadora de efectos jurídicos, entre dos sujetos, uno de los cuales actúa en pleno ejercicio de la función administrativa (p. 440).

En este contexto, dicho contrato se destaca por ser un instrumento jurídico que regula las relaciones entre autoridades públicas y privados, en aras de llevar a cabo proyectos de interés general, los cuales imponen obligaciones y establecen derechos específicos para ambas partes involucradas.

1.2. Contratos de Obra Pública

El contrato de obra pública, considerado por algunos tratadistas como el contrato administrativo por excelencia, tiene por objetivo la ejecución de una obra material para el Estado, a través de procedimientos públicos, que buscan satisfacer un interés social. Según Fernández (2016) mediante estos contratos, se estipula que un individuo, reconocido como contratista, se compromete de manera vinculante a llevar a cabo las tareas inherentes a la construcción, reconstrucción, reparación y mantenimiento de un bien inmueble. Además, la retribución por sus servicios será proporcionada de manera oportuna por parte de otro sujeto perteneciente siempre a la Administración Pública (p. 184).

1.3. Elementos en el Contrato de Obra Pública

En el contexto administrativista, algunos autores consideran como elementos esenciales del contrato administrativo, los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa. Además, "... aun cuando de manera aislada y poco frecuente, también se mencionan como elementos esenciales del contrato, la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación" (Fernández, 2016, p. 175).

1.3.1. Sujetos intervinientes

Dentro del marco de un contrato administrativo de obra pública, se establece un escenario en el que convienen con distinción dos sujetos esenciales. Por un lado, tenemos a la entidad contratante, como una forma de Estado, que expresa su voluntad sucesivamente en las fases precontractual y contractual. Y, por otro lado, al contratista, que usualmente es un privado que se involucra en el proceso, aunque no se excluye la posibilidad de que también se trate de un ente administrativo.

Ferrando (2002) explica, "...para que el contrato sea válido debe contar los dos sujetos con aptitud legal para realizar tal acto jurídico, correspondiendo distinguir entre el órgano de la

administración que debe obrar dentro de su competencia, y que se rige por el derecho público, y el particular que requiere capacidad regulada por el derecho privado” (p. 412).

En definitiva, los sujetos intervinientes tienen que tener competencia, refiriéndose a la entidad pública, y capacidad jurídica por parte del contratista. De otra manera, no existiría validez ni aptitud legal para celebrar contrato, tal como lo estipula el Código Civil ecuatoriano (2005) en su artículo 1461, “... la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra...”.

1.3.2. El Consentimiento

Se puede considerar al consentimiento como un elemento en sentido estricto, que tiene el efecto de crear derechos y obligaciones (bilaterales), producto de la voluntad de los sujetos.

El contrato mismo se vuelve efectivo a través del consentimiento, así “concordamos con este criterio, este elemento es imprescindible para la validez del vínculo contractual, el cual confirma la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato administrativo, pues caso contrario, al vulnerar la voluntad originaría los vicios del consentimiento, por tanto, no tendría ninguna validez el contrato, incluso los de carácter administrativo” (Suárez, 2015, pp. 21-22).

Para Barrera (2001) en el contexto de los contratos de obra pública, resulta esencial contar con un acuerdo mutuo y una manifestación de voluntades entre las partes involucradas. Aunque en algunos casos puedan existir cláusulas que otorguen poderes excepcionales a la Entidad Contratante, sigue siendo válido el acuerdo entre ambas partes. Esto se debe a que el contratista acepta estas cláusulas a favor de la Entidad Contratante. Es importante que este acuerdo esté exento de problemas como el error, fuerza y dolo (p. 18).

1.3.3. El Objeto

El propósito de todo contrato administrativo de obra pública tiene que estar direccionado a la entera satisfacción de las necesidades públicas como principio básico de la administración

pública, la Constitución del Ecuador (2008), en su artículo 227, expresa que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad...”, así pues, el objeto constituye un elemento fundamental, una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Además, tiene que ser posible, determinable y lícito.

En lo que respecta al contexto de este trabajo, es muy acertada la definición de Díez-Picazo y Gullón (1992) la cual indica que el propósito del acuerdo recae en un objeto con valor económico que refleja el interés de las partes involucradas en el contrato. Este objeto debe cumplir ciertas condiciones estipuladas por la ley, las cuales son: posibilidad, licitud y determinación (p. 43).

1.3.4. La Causa

Para Barrera (2001) la causa asumida por una de las partes es el compromiso adquirido por la otra parte. En otras palabras, un involucrado en el contrato se compromete debido a que la otra parte también se compromete. Se refiere a esta razón subyacente como objetiva y aplicable de manera uniforme a todos los contratos del mismo tipo, con el propósito de lograr una equivalencia en las obligaciones acordadas (p. 20). Así pues, este elemento esencial en los contratos administrativos tiene el propósito de asegurar que las obligaciones acordadas sean equitativas, con una razón objetiva que se aplica igualmente para todos.

Ahora bien, esta causa es impulsadora de la voluntad de las partes para su celebración, pero con destacables diferencias, así Fernández (2016) distingue la causa detrás del ente público en un contrato, que es vital para su existencia, mientras que la causa del contratante privado carece de importancia en comparación. Si la razón impulsadora del ente público desaparece, el contrato administrativo se anula, resaltando que es la causa del ente público la que define este elemento esencial del contrato, no la del contratante privado (p. 178).

1.3.5. La Forma

La forma no es considerada un elemento esencial del contrato. Sin embargo, han de cumplirse una serie de requisitos establecidos en los marcos legales. Estas formalidades Suárez

(2015) considera que son “La exteriorización de la voluntad de los sujetos de manera expresa o escrita, actos administrativos o de simple administración que son parte del proceso de formación del contrato administrativo” (p. 24). Por lo tanto, se convierte en requisito indispensable para que la voluntad administrativa tenga efectos legales y genere implicaciones jurídicas, la presencia de un documento escrito.

1.3.6. La Finalidad

Dromi (1998) señala que la finalidad no determina el contrato de obra pública, dado que este constituye meramente un procedimiento para la ejecución de la obra pública (p. 422).

Respecto de este criterio, se difiere un poco en el contexto de que la finalidad del contrato de obra pública busca, en primera instancia, la satisfacción de las necesidades colectivas ya que este tipo de contratos es empleado para el mejoramiento de la infraestructura del Estado, ya sea para brindar los servicios públicos, fortalecer el sistema educativo, dar seguridad a la ciudadanía o brindar los servicios de salud.

No siempre de forma directa, pero siempre por el uso de recursos públicos para cualquier tipo de construcción, que deberá realizarse a través de un contrato de obra pública.

1.4. Características del Contrato Administrativo de Obra Pública

En secciones anteriores hemos revisado los elementos esenciales del contrato administrativo de obra pública, el cual además cuenta con ciertas características expuestas por el Dr. Boris, las cuales son:

Un contrato bilateral, porque tanto el Estado como el contratista se obligan recíprocamente. Es oneroso, porque tanto la administración como el empresario se grava cada uno en beneficio del otro. Es conmutativo, porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente de la otra. Los contratos de obra pública es que su ejecución no es de forma inmediata, sino de tracto sucesivo o de ejecución que se sucede con varios actos en el tiempo. El contrato de obras públicas

es un contrato de colaboración que lleva al factor “*intuitu personae*”, en cuanto él se adjudica en razón de la persona (2001, p. 59).

De lo antes mencionado, es relevante precisar en las características particulares del contrato de obra pública, en virtud de sus prerrogativas especiales y su fundamentación en la teoría de contrato administrativo.

Otro aspecto de significativa relevancia, consiste en que tanto la entidad contratante como el contratista deben orientar sus acciones en concordancia con la premisa de que este tipo de acuerdos constituye un contrato basado en la colaboración. En este contexto, es fundamental que impere la buena fe, lo que implica que tanto la administración pública como el proveedor tienen la responsabilidad de actuar con integridad al llevar a cabo la ejecución de la obra, asegurándose que el contrato se cumpla con la calidad y en el plazo acordado.

2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Dentro del contexto del Derecho Administrativo, emerge con particular relevancia el marco normativo para la contratación pública que para Barrea (2013) “se rige por principios que le son inherentes, ya que su adecuado ejercicio desarrolla una verdadera política social, materializando la eficiencia en la prestación del servicio o la realización de una obra reflejados en la efectividad” (p. 26).

Este conjunto de regulaciones no solo establece los lineamientos que rigen las interacciones entre entidades públicas y proveedores del Estado, sino que también determina la manera en que se llevan a cabo los procesos de contratación.

Además, el artículo 4 de la LOSNCP (2008) define los principios con los que se fundamentan los procesos de compra “para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

La LOSNCP ocupa una posición central y vital, en lo que respecta a la adquisición de bienes, obras y servicios. En este contexto, es esencial comprender cómo esta ley en particular impacta en los contratos de obra pública, donde la interacción entre la administración y los contratistas adquiere una relevancia destacada.

Así pues, el artículo 5 de la LOSNCP, expresa lo siguiente: “Contratación pública. – Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obra públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría” (2008).

En lo atinente a la contraparte, es decir al contratista, la LOSNCP (2008), en su artículo 6 lo define como: “La persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”.

En este contexto, para la formación de los contratos establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), la doctrina ha previsto tres etapas, la preparatoria, precontractual y contractual.

La primera, consiste en la obligación que tiene la administración pública de justificar la necesidad y la disponibilidad presupuestaria, los estudios de factibilidad y la elaboración de pliegos de condición; la segunda, comprende las diferentes modalidades o procedimientos previstos en el artículo 10 del Reglamento de la ley orgánica sistema nacional contratación pública (2022) de ahora en adelante RGLOSNC, que impone para seleccionar al oferente más idóneo; y la etapa contractual para el cumplimiento del objeto de contratación.

2.1. Fase Preparatoria

Considerada la etapa inicial de todo proceso de contratación, nace con una necesidad específica que busca ser solventada por la administración pública.

El Reglamento General a la Ley de Contratación Pública vigente, en su artículo 42, define lo siguiente:

El órgano administrativo requirente de la entidad contratante, con la finalidad de satisfacer y cumplir con los objetivos, metas y demandas institucionales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones, realizará la identificación específica, detallada, clara y concreta de la necesidad de contratación. (2022).

La eficiencia con la que se llevan a cabo los procesos de contratación y la efectividad que generan los recursos en las obras públicas depende en gran medida de esta etapa en el procedimiento de contratación.

Ya lo decía López (2011) que la ausencia de información que ocurra en esta etapa se manifestará en el transcurso del procedimiento de selección o en el transcurso de la ejecución del contrato (p. 144), es por ello, que las instituciones públicas tienen que avizorar todos los aspectos posibles que entorpezcan la correcta ejecución contractual de los contratos públicos.

Esto, entre muchas cosas, nos permite aprovechar los recursos públicos de forma óptima y tener obras de mejor calidad. La ley es clara, puesto que en el artículo 23 de la LOSNCP se requiere que:

Antes de iniciar un procedimiento precontractual de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseño completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la Entidad. (2008).

2.2. Fase Precontractual

Esta etapa de contratación da inicio con un acto administrativo, según el artículo 71 del RGLOSNC, la fase precontractual:

Una vez que la entidad contratante cuente con los estudios previos, los pliegos y la certificación presupuestaria, la máxima autoridad o su delegado, aprobará los documentos de la etapa preparatoria mediante resolución motivada. La fase precontractual comenzará con la publicación de la convocatoria en el Portal de COMPRAS PÚBLICAS, de conformidad con las normas que regulen el procedimiento precontractual que corresponda. (2022).

La administración pública, en esta etapa busca como finalidad el cumplimiento de sus objetivos a través de la selección de oferentes que se sujeten a las condiciones generales y específicas de los pliegos dado que son de carácter legal, técnico y económico.

Toda vez que reflejan el objeto contractual, el costo de la obra, los plazos, garantías, formas de pago, etc. Aunque actualmente la Resolución *RE-SERCOP-2016-0000072* no se encuentra en vigencia, el artículo 21, describe a la etapa precontractual de esta manera:

Inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliego: cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación y calificación de ofertas; informes de la

comisión técnica o del delegado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación. (2016).

Actualmente, tenemos la resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134, expedida como norma secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP- artículo 6 para la información de las fases preparatoria y precontractual.

2.3. Fase Contractual

En esta fase, el procedimiento de contratación se formaliza legalmente mediante el acuerdo entre las partes involucradas. Es una etapa fundamental, debido a que se establecen los términos y condiciones bajo las cuales ambas partes se comprometen a cumplir con sus obligaciones adquiridas.

En definitiva, se materializa la voluntad de las partes con la suscripción del contrato, no obstante, previo a la suscripción se deben cumplir con todas las formalidades establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por otro lado, la no suscripción del contrato, representan algunas penalidades establecidas en la ley para el adjudicatario. El artículo 90 del RGLOSNCOP, establece que:

Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebran el contrato por causas que le sean imputable... el adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las entidades contratantes previstas en la Ley. (2022).

Ahora bien, con el nacimiento del vínculo contractual que produce la suscripción del contrato, se establecen también las prerrogativas en la contratación pública. Ya en etapa precontractual, podemos observar algunas de estos privilegios que posee la administración pública para garantizar el cumplimiento del procedimiento de contratación, y como consecuencia de aquello garantizar también la satisfacción del interés general.

Hernández (2017) se refiere a las prerrogativas como capacidades de acción unilaterales respaldadas por la necesidad de salvaguardar el interés público del servicio. Estos poderes de acción, a menudo denominados de manera vaga como “cláusulas exorbitantes”, habilitan la influencia unilateral sobre el contrato y el estado jurídico del contratista (p.70). Por lo tanto, se puede sostener que las prerrogativas son ejercidas en el ámbito contractual, a través de las cuáles la administración pública debe actuar con imparcialidad respecto a los intereses públicos que tutela.

Otros autores consideran que:

Las prerrogativas de la autoridad pública surgen de las competencias que el sistema legal otorga a la administración. De manera que, son, en consecuencia, capacidades que la ubican en una posición de superioridad, mientras que al particular les otorga la obligación de someterse a esta autoridad siempre y cuando esté claramente definidas y limitadas de manera explícita por la ley (Cassagne, 2017, p. 947).

3. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

En lo atinente a contratos de obras públicas el incumplimiento contractual adquiere un matiz de gran relevancia dada la importancia que tienen los proyectos de infraestructura para la colectividad. En este contexto, el incumplimiento contractual conlleva consigo una serie de consideraciones en términos de consecuencias financieras, incidencia en los plazos de ejecución, disponibilidad y calidad de la infraestructura.

El objetivo principal de la administración pública es que el contrato se cumpla a cabalidad, con los más altos estándares técnicos y en el plazo pactado, para lo cual según Barrera (2001) el contratista con el fin de lograr el cumplimiento de su obligación, deberá sortear cualquier dificultad que se presente en el camino hacia la correcta e ininterrumpida ejecución contractual (p. 36).

Es así, que cuando la Entidad Contratante halle que no se está cumpliendo con las obligaciones contractuales, haga uso de sus facultades prerrogativas o cláusulas exorbitantes, que Bercaitz (1980) las define como aquellas manifestaciones que denotan la naturaleza del ejercicio del poder estatal al intervenir en los contratos administrativos, asumiendo una postura de preeminencia jurídica la cual se traduce en la concesión de autoridad frente al contratista (p. 209) con el único propósito de proteger el interés público.

Sin embargo, aunque la administración pública cuenta con una posición de supremacía frente al contratista, no la exonera, de ninguna manera, de las obligaciones contraídas. Es decir, frente al incumplimiento de las obligaciones la administración pública, se ve envuelta en una situación de responsabilidad frente al interés público.

En una obra pública se pueden presentar diversos problemas en su etapa contractual; por el lado de la Entidad Contratante, pueden existir estudios inadecuados de los proyectos, que dicho sea de paso da lugar a contratos complementarios legalmente estipulados en el artículo 85 de la LOSNCP (2008) y artículo 286 del RGLOSNC (2022), excediendo con frecuencia el presupuesto inicialmente estipulado; el incumplimiento de pagos al contratista, la no entrega de anticipo oportunamente, errores en las especificaciones técnicas, etc.

En lo que respecta al contratista, podría suscitarse una falta de cumplimiento en los plazos en la presentación de planilla de avance de obra y cronograma de trabajo, mala la calidad de los materiales empleados, presencia de personal técnico con niveles de capacitación bajos, entre otras contingencias.

3.1. Cláusulas Exorbitantes

En secciones previas, se ha establecido de manera anticipada el concepto de las cláusulas exorbitantes en poder de la administración pública, a las cuales el contratista se encuentra subordinado.

No obstante, es esencial adentrarnos en la comprensión detallada de estas prerrogativas y distinguir su alcance en los contratos de obra, al mismo tiempo que analizamos su impacto en el equilibrio económico contractual, especialmente cuando se enfrentan a situaciones de incumplimiento contractual de las partes y abuso de poder por parte del Estado.

En criterio de Charvet (2022) estas cláusulas exorbitantes se definen como aquellas que generan una relación desigual entre las partes, concediendo facultades a una de ellas sin extender estas mismas atribuciones a la contraparte (p. 77) lo que necesariamente establecerá un desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes involucradas.

En este contexto, Suárez (2015) define a las cláusulas exorbitantes como disposiciones contractuales de carácter obligatorio establecidas por las normas legales, las cuales protegen el bienestar colectivo o general, y que cuentan con total validez debido a que son atribuciones inherentes a la autoridad (p. 37) por lo tanto, con la finalidad de precautelar el interés público y asegurar el cumplimiento contractual destinado a satisfacer la necesidad colectiva, la ley ha conferido a la administración pública una potestad sancionadora.

3.2.Principales Cláusulas Exorbitantes en Contratos de Obras Públicas

3.2.1. Continuidad

En los contratos de infraestructura este principio de continuidad es imperante con el objetivo de que la administración pública tenga la potestad legal de exigir el cumplimiento contractual. Al respecto, Barrera (2001) considera que la ejecución contractual debe estar enmarcada en el principio de continuidad en todo momento.

Esto se debe a que los contratos administrativos tienen la obligación de ser cumplidos y ejecutados siempre en relación al interés público. Además, este interés público establece la exigencia de una ejecución ininterrumpida del objeto contractual (p. 28) siempre y cuando no se presenten cosas ajenas a la voluntad del contratista.

3.2.2. Mutabilidad

Este principio se refiere a la capacidad que tiene la administración pública de realizar unilateralmente ajustes en los contratos públicos para adaptarse a cambios siempre en beneficio de los intereses de la colectividad y no del particular, toda vez que se respeten las condiciones establecidas por la ley y se mantenga el equilibrio económico.

Es decir, los cambios realizados deben ser justificados, proporcionados y deben respetar los derechos y obligaciones de ambas partes. Por lo tanto, la mutabilidad no implica una modificación arbitraria del objeto del contrato, sino que busca permitir ajustes legítimos en respuesta a situaciones cambiantes.

De manera que, pese a ser una prerrogativa de la administración pública, para Marienhoff (1983) en caso de que la administración pública exceda esos límites, el contratista tiene el derecho de solicitar la terminación del contrato y la correspondiente compensación (p. 475).

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 82, aplica este principio de mutabilidad, ya que permite mantener el equilibrio económico del contrato, a través de un reajuste de precio ante la variación en el tiempo de los costos de los materiales (2008).

3.2.3. *Ius Variandi*

Para Martínez (2001) la base legal para la facultad de modificar unilateralmente radica en las necesidades cambiantes del bienestar público. Esto significa que, durante la vigencia de un contrato, puede surgir la necesidad de realizar cambios en las obligaciones por el contratista (p. 276).

En ese mismo sentido, para Coviello (2011, como se citó en Charvet, 2022) las alteraciones permitidas en el contenido del contrato en virtud de la potestad del *ius variandi* son aquellas que afectan a aspectos secundarios. Toda vez que, en ningún caso deberán involucrar elementos fundamentales que invaliden el principio de *pacta sunt servanda* (p. 79).

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos conceptualizar el *ius variandi* como la potestad que posee la administración pública para realizar cambios unilaterales en ciertas cláusulas, prestaciones u obligaciones del contrato, prescindiendo del consentimiento expreso del contratista.

Para Suárez (2015) estas prerrogativas están respaldadas por la ley, por lo tanto, no se ven afectados en ningún aspecto los fundamentos esenciales de los acuerdos contractuales generales, como el principio de *pacta sunt servanda* (p. 46).

De hecho, estas disposiciones anticipan las responsabilidades de las partes que deben ser cumplidas conforme a estos presupuestos básicos, toda vez que la administración pública ejerza esta potestad en atención al interés público de manera razonable, ya que puede existir un desequilibrio jurídico, pero debe mantenerse el equilibrio económico.

Al respecto la LOSNCP en sus artículos del 85 al 91, regula los contratos complementarios y se evidencia la presencia del *ius variandi*.

3.2.4. Terminación Unilateral del Contrato

En materia de contratación pública, esta prerrogativa la encontramos en el artículo 92, numeral 4 de la LOSNCP, la cual establece la terminación: “Por declaración unilateralmente del contratante, en caso de incumplimiento del contratista” (2008).

Por otro lado, el artículo 94 *ibidem* presenta escenarios en los cuales la administración puede ejercer su potestad prerrogativa. En este sentido, para Barrera Rodríguez (2007) sostiene que la terminación unilateral pone fin al vínculo contractual ante el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista esta cláusula prerrogativa se refleja la subordinación del contratista a la autoridad de la administración sin recurrir a la vía judicial (p. 43).

En contraposición, cuando el incumplimiento proviene de la contratante, el contratista deberá acudir a la vía judicial según lo estipula el artículo 96 de la LOSNCP (2008). López Vargas (2016) considera que la terminación unilateral del contrato se erige como una vía excepcional para dar término a las obligaciones contractuales, destacando su carácter anormal, en virtud de la falta de logro de los propósitos contractuales inicialmente estipulados (p. 31).

En este contexto la doctrina analiza la terminación anticipada como una cláusula exorbitante, ya que refleja la prerrogativa inherente de la administración pública que al tiempo de la suscripción del contrato se conocen y se aceptan las condiciones establecidas en el contrato. Esta prerrogativa, al igual que las previamente definidas, encuentra su justificación en el interés público que subyace en los objetivos contractuales.

3.3. Incumplimiento del Contratista

En secciones previas se ha analizado a la terminación unilateral como una consecuencia ante el incumplimiento del contratista. Sin embargo, existen diferentes causas para que el contratista incumpla sus obligaciones contractuales, ante las cuales la administración pública tendrá que valorar si este incumplimiento incurriría en una terminación unilateral u otro tipo de sanción.

Barrera Rodríguez (2007) consideraba que el incumplimiento contractual por parte del contratista, indudablemente se configura como una circunstancia de gravedad para el beneficio público que, en primera instancia, es quien justifica el contrato (p. 45), por lo tanto, es imperante para la administración pública determinar la forma a través de la cual se dé cumplimiento a las obligaciones contractuales, siendo que la terminación unilateral se aplicaría de forma excepcional.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en el artículo 94 se establecen algunas causales para una terminación unilateral, mientras que, para situaciones de retrasos en la ejecución de los trabajos, el artículo 71 *ejusdem* establece multas por el incumplimiento de obligaciones. Es así, que las causas más comunes en los contratos de obras públicas pueden ser las siguientes:

1. Incumplimiento en el cronograma valorado de trabajo
2. Incumplimiento de las especificaciones técnicas en los procesos constructivos
3. Retraso en la entrega de obra en el plazo contractual
4. Por quiebra o insolvencia del contratista
5. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.
6. Diseños y estudios deficientes.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Se ha expuesto en reiteradas ocasiones que la relación contractual entre el Estado y el contratista se establece con el contratista en una posición de subordinación. Sin embargo, Castro (2016) considera que la relación jurídica entre el Estado y el contratista, la cual nace mediante la suscripción de un contrato administrativo, no puede centrarse en una subordinación. Toda vez que, el contratista al no ser una entidad pública, resulta imperativo que no se vea privado de los derechos inherentes que le corresponden (p. 15).

A partir de lo expuesto por Castro (2016), se deriva la interpretación de que el incumplimiento produce responsabilidad para las partes en donde el Estado no podrá apelar al uso de sus prerrogativas discrecionales como argumento para eximir la responsabilidad de sus funcionarios.

En esa misma línea de pensamiento Pérez (2009) expresa que puede haber situaciones que dificulten o impidan la completa ejecución de las obligaciones establecidas por las partes, lo que podría dar lugar a un incumplimiento contractual que no sea responsabilidad única del contratista, sino que también involucre a la administración pública (p. 896).

Algunos administrativistas invocan la “*exceptio non adimpleti contractus*” como una doctrina de relevancia, en virtud de la cual una de las partes que incumple en un contrato administrativo se encuentra facultada para alegar el incumplimiento de la contraparte como una defensa válida en un litigio. Es decir, es una forma de alegar que la otra parte del contrato no ha cumplido con sus obligaciones contractuales y, por lo tanto, el incumplimiento propio está justificado o compensado por este incumplimiento ajeno.

Para Marienhoff (1998) la doctrina de la *exceptio non adiplenti contractus* tiene como objetivo prevenir injusticias tanto en el ámbito del derecho privado como en el público. Es excepción al incumplimiento contractual requiere ser interpretada con prudencia, siendo aplicable solamente en situaciones de “imposibilidad de cumplimiento” por parte del contratista (p. 376).

Realmente lo que se busca es que exista un equilibrio en las responsabilidades de ambas partes que suscriben un contrato administrativo, debido a que las prestaciones no pueden acordarse con la intención de que unas se cumplan y otras no, de lo contrario se estaría vulnerando el principio de igualdad y el de aceptación conjunta de obligaciones mediante el consentimiento mutuo de las partes.

4.1. Incumplimiento de las Obligaciones de Pago de la Contratante y su Incidencia en los Contratos de Obra Pública

Dentro del marco normativo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), específicamente en su artículo 96, se estipulan las causales que fundamentan la terminación contractual por causas imputables a la entidad contratante. Toda vez que se presenten situaciones en las cuales la administración pública incumpla con sus obligaciones, para lo cual el contratista tendrá que recurrir a instancias judiciales para demandar la resolución del contrato.

En ese contexto, el incumplimiento de pagos por parte de la entidad contratante puede generar una serie de consecuencias tanto para el contratista como para la ejecución del proyecto, siendo las más comunes el retraso en la ejecución de la obra, aumento de costos, paralización de los trabajos, deterioro en la calidad de los materiales, impacto en la economía local e incluso conflictos legales.

Bercaitz (1980) consideraban que cuando se trata de contratos con el Estado, no se puede usar como excusa el hecho de que exista incumplimiento de obligaciones de la contratante. Además, sostenía que, en este tipo de contratos administrativos, una de las características claves es la subordinación, en la que el contratista no puede dejar de cumplir sus propias obligaciones incluso si la administración no cumple con las suyas (p. 370).

Consecuentemente, en virtud de la primacía que se otorga al interés público, el contratista se halla subordinado a dar cumplimiento íntegro a sus obligaciones contractuales, sin que le sea conferida la prerrogativa de eludirlas aun cuando la entidad contratante incumpla sus obligaciones.

Los contratos de obra pública, no obstante, son contratos de carácter bilateral y, adicionalmente son de tracto sucesivo lo que implica que se realiza en etapas o fases progresivas, estructura se ve reflejada con pagos mensuales de acuerdo con el avance de la obra. De manera que, el incumplimiento prolongado de estos pagos afectará la adecuada ejecución de las fases constructivas.

La LOSNCP artículo 95, párrafo 4, establece lo siguiente: “Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago” (2008).

Ahora bien, la forma en la que se amortiza el anticipo en los contratos de obra pública comúnmente es de manera mensual, misma que se hace efectiva por cada planilla pagada. Sin embargo, al existir incumplimiento en los pagos de forma indefinida, no solamente no se podrá efectuar esta amortización, sino que afectará al avance físico de la obra, el interés público y al contratista que esté al día con sus obligaciones.

Dicho de otra manera, cuando el Estado no cumple con la entrega de un servicio público mediante la ejecución de una obra de carácter público, adquiere la responsabilidad ante los individuos afectados por la falta de dicho servicio. La construcción de hospitales, carreteras, escuelas, centros de vigilancia, son obras que brindan servicios básicos y ante las cuales el Estado tiene la responsabilidad de velar por su cabal cumplimiento.

Es así que la Carta Magna ecuatoriana lo establece de la siguiente manera:

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuaria, y los demás que determine la ley” (CRE, 2008, Art. 313).

Frente a lo expuesto, Barrera Rodríguez (2007) sugiere que “la responsabilidad de la satisfacción del interés público en el contrato público es exclusivamente del Estado y no del contratista particular” (p. 62).

En ese mismo sentido, la Constitución estipula que:

“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (CRE, 2008, Art. 227)

Por lo tanto, el incumplimiento de pagos por parte de la administración y el incumplimiento contractual del contratista como consecuencia de aquello, produce un retraso en la entrega del objetivo contractual, que finalmente repercutirá en la entrega del servicio a la ciudadanía.

4.2. Causas subyacentes en el Incumplimiento de Pagos en los Contratos Públicos

Efectivamente, existe una variedad de factores que subyacen a la situación en la que las entidades públicas incurren en la falta de pagos en los contratos administrativos. Estos motivos abarcan desde aspectos financieros y administrativos hasta factores políticos y estructurales.

En este apartado nos referiremos a dos aspectos en particular que son los más prevalecen: la corrupción en la contratación pública y la mala administración de recursos públicos.

4.2.1. Corrupción en la Contratación Pública

La corrupción es un fenómeno que preocupa a todos, del que ningún país está exento de tenerla presente dentro sus instituciones. Si bien se evitará detalladamente este tema en particular, es innegable que reviste considerable importancia en los contratos de obra.

La contratación pública, que tiene como deber la adquisición obras, bienes y servicios a través de las instituciones públicas de acuerdo con el artículo 1 de la LOSNCP (2008), sin embargo, cuando los procesos de contratación se ven afectados por prácticas corruptas, los efectos negativos pueden ser devastadores, mancillando la confianza en las instituciones públicas, distorsionando los principios de competencia, concurrencia, transparencia y desviando fondos destinados al bienestar público.

La ineficiencia en materia de contratación pública es otra forma de corrupción, para Gómez y Gallón (2000, como se citó en Torres y Martínez, 2017) la ineficiencia es considerada como el factor principal que impulsa la corrupción, dado que surge como resultado la falta de planeación y control, esto provoca una disminución en la calidad de los productos y servicios proporcionados por las instituciones públicas (p. 42)

Algunos datos relevantes al respecto:

Solo en el 2018, 7.000,6 millones de dólares se llegaron a transaccionar por la vía de la contratación pública ecuatoriana, esto equivale al 6.4 % del PIB y el 20.1% del presupuesto general del estado, convirtiendo a la contratación pública en el primer elemento sujeto a ser empañado por temas de corrupción, al ser el medio para la erogación de recursos, no siendo la única, pero si la principal (Díaz, 2019, p. 4).

De aquí, que resulta imperante para la administración pública crear mecanismo de control más eficientes y transparentes. Díaz (2019) considera que la corrupción puede originarse tanto en el ámbito público como en el privado, con diferentes intereses, pero comparten el objeto común de lograr ganancias económicas personales con el menor esfuerzo posible (p. 5).

Así pues, en los contratos de obras públicas se hace palpable la corrupción cuando en las instituciones públicas existen funcionarios que solicitan coimas como chantaje para realizar la suscripción de un contrato, hacer el pago de un anticipo o el pago de planillas de avance de obra. Otra forma de corrupción en la contratación pública, es el direccionamiento de los procesos de contratación para favorecer al círculo cercano de algún funcionario, o a un contratista en particular, que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 285, expresa: “servidores públicos o personas con potestad estatal que abusando de su cargo, funciones o relación jerárquica ejerzan influencia en otro servidor público para obtener un acto o resolución favorable a sus propios intereses o el de terceros” (2021).

4.2.2. Mala Administración de Recursos Públicos

La gestión deficiente de los recursos públicos es otro aspecto importante a considerar, ya que una mala administración de los recursos públicos implicaría un desperdicio de fondos que podrían haberse utilizado para brindar servicios esenciales al ciudadano, así como el incumplimiento de proyectos de infraestructura y metas institucionales.

Es decir, la mala administración de recursos públicos no solamente va incidir en la solvencia que van a tener las instituciones públicas para los contratos de obras, sino que de ello dependerá si se realizan o no, nuevos proyectos de infraestructura.

La Contraloría General del Estado, exhorta a las instituciones públicas a que administren los recursos de forma estratégica:

“Las entidades del sector público y las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos requieren para su gestión, la implantación de un sistema de planificación que influya formulación, ejecución, control, seguimiento y evaluación de un plan” (CGE, 2014, 200-02).

No obstante, la realidad institucional es otra y la mala planificación presupuestaria afectan directa o indirectamente en las obras públicas. En este contexto, para Cevallos (2020) es necesario procurar llevar a cabo una inversión de alta calidad, el gasto público debe ser respaldado por circunstancias reales y necesarias. Además, las instituciones deben reconocer que estos recursos son generados por el esfuerzo de los ciudadanos, lo cual justifica su reinversión (p. 53).

De lo anterior, podemos interpretar que una buena administración de recursos públicos es un paso esencial para el desarrollo del país. Una administración eficiente y responsable de los recursos no solo garantizará la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía, sino que promoverá un desarrollo sostenible en las instituciones públicas.

El Código Orgánico Administrativo expresa:

“Principio de Calidad. Las administraciones públicas deben satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de las personas, con criterios de objetividad y eficiencia, en el uso de los recursos públicos” (COA, 2017, Art. 5).

Por lo tanto, es responsabilidad de todos lo que conforman el Estado, colaborar en la construcción de un entorno en el cual los recursos públicos sean utilizados de manera sabia y en pro del bienestar colectivo.

CONCLUSIONES

La obra pública en el Derecho Administrativo se constituye como un instrumento de vital importancia para el desarrollo y bienestar público. Los contratos administrativos de obra pública buscan satisfacer las necesidades de interés general a través de proyectos de infraestructura y la colaboración entre la administración pública y los proveedores del Estado es esencial para alcanzar este propósito, donde la buena fe y la calidad en la ejecución son fundamentales para cumplir los objetivos de interés general.

Los contratos de obra pública se basan en principios legales que conceden prerrogativas a la administración pública, como el principio de continuidad y mutabilidad. Si bien estas cláusulas exorbitantes son necesarias para asegurar la ejecución continua del contrato, es crucial que se utilicen de manera equilibrada para no afectar injustamente los derechos y obligaciones del contratista y mantener el equilibrio económico.

Los procesos de contratación pública están regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). La fase preparatoria, precontractual y contractual establecen una estructura legal para asegurar que la administración pública adquiera obras, bienes y servicios de manera justa y eficiente, garantizando la correcta ejecución en los contratos y el uso adecuado de recursos públicos.

El incumplimiento en los contratos de obra tiene implicaciones significativas en términos de calidad en la infraestructura, plazos y recursos financieros. Tanto la administración pública como los contratistas deben asumir su responsabilidad para garantizar que los contratos se cumplan de manera adecuada.

El incumplimiento de pagos por parte de la administración pública en contratos de obra puede generar retrasos, aumento de costos y problemas en la ejecución de la obra. La responsabilidad de satisfacer el interés público en el contrato recae en el Estado, y el

incumplimiento de sus obligaciones puede tener consecuencias negativas en la entrega de servicios en la ciudadanía.

La corrupción en la contratación pública y la mala administración de recursos son factores significativos que contribuyen al incumplimiento de pagos en los contratos públicos. La corrupción distorsiona la competencia y afecta la calidad de las obras. La mala administración de recursos conlleva desperdicio de fondos y falta de planificación presupuestaria, lo que impacta en la realización de proyectos de infraestructura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Constituyente del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008, 10 de febrero). Quito: Registro Oficial Suplemento No.180.
- Asamblea Nacional. (2017, 07 de julio). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Segundo Suplemento del Registro Oficial. No. 31.
- Asamblea Nacional. (2021, 17 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 180.
- Asamblea Nacional. (2008, 04 de agosto). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 395.
- Barrea, C. (2013). *El Incumplimiento en los Contratos de Obra Pública* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3862>.
- Barrera, B. (2001). *Celebración de Contratos Administrativos*. Corporación Editora Nacional, Serie de Estudios Jurídicos.
- Barrera Rodríguez, C. (2007). *La resolución de los Contratos Administrativos por incumplimiento del contratista*. Sevilla: Lex Nova.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires.
- Cassagne, J. (2017). *La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*. Revista de Administración Pública (176), 89-113.
- Castro, K. (2016). *La responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de ejecución de obra* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5099>.

- Charvet, C. (2022). *Potestades exorbitantes en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8792>.
- Cevallos, L. (2020). *El control interno y externo a los contratos de obra, el uso eficiente de los recursos públicos y su incidencia en el derecho a una administración* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7275>.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005, 24 de junio). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial No. 46.
- Contraloría General del Estado. (2014, 16 diciembre). *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 87.
- Decreto Ejecutivo 458. (2022, 20 junio). *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 87.
- Díaz, J. (2019). *La corrupción en la contratación pública* [Informe de Investigación, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6838>.
- Diez-Picazo, L. y Gullon, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*. Tecnos. <https://formulacionnotarial.files.wordpress.com/2013/07/sistema-de-derecho-civil-vol-ii-luis-diez-picazo.pdf>.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Fernández Ruiz, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4455-derecho-administrativo-coleccion-inehrm>.
- Ferrando, I. (2002). *Contratos Administrativos*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- Torres, D. y Martínez, G. (2017). *Corrupción en el Sistema de Contratación y Ejecución de Obras Públicas en Colombia* [Trabajo de Grado, Universidad Santo Tomás de Bucaramanga]. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/10348>.
- García, C. y Martínez, E. (1957). *Derecho Administrativo*. EISA.
- Hernández, G. (2017). *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- López Arévalo, W. (2011). *Tratado de Contratación Pública*. Editorial Jurídica del Ecuador.
- López Vargas, N. (2016). *Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4924>.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, 4ª Ed.* Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Martínez, L. (2001) *Manual de Derecho Administrativo* Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo, vol. 2*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2021, 23 de febrero). *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Edición Especial 24.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2023, 03 agosto). *Resolución N° R.E-SERCOP-2023-0134*. Quito: Segundo Suplemento Registro Oficial No. 367.

Suárez, L. (2015). *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitante y sus efectos jurídicos* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar].

<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4804>.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Maldonado Amaya, Daniel Andrés** con C.C: **#0706615218** autor del trabajo de titulación: **El Incumplimiento de Pagos en los Contratos de Obra Pública desde una Perspectiva del Derecho Administrativo** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 04 de septiembre del año 2023

EL AUTOR:



firmado electrónicamente por:
**DANIEL ANDRÉS
MALDONADO AMAYA**

f. _____

Maldonado Amaya Daniel Andrés

C.C: #0706615218

| REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA | | | |
|--|---|-------------------------------------|----|
| FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN | | | |
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | El incumplimiento de pagos en los contratos de obra pública desde una perspectiva del derecho administrativo. | | |
| AUTOR(ES) | Maldonado Amaya, Daniel Andrés | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Abg. Alarcón Valencia, Gladis Adelaida, PhD. | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas | | |
| CARRERA: | Derecho | | |
| TITULO OBTENIDO: | Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 04 de septiembre de 2023 | No. DE PÁGINAS: | 32 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Derecho Administrativo | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Contratación pública, obra pública, contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, interés público, administración pública. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): Este trabajo se centró en el incumplimiento de pagos en los contratos de obra pública que involucran a la administración pública y a contratistas privados, resaltando la importancia de la contratación pública en la adquisición de obras, bienes y servicios, especialmente en proyectos de infraestructura. La metodología utilizada en este trabajo de investigación es analítica y descriptiva. El proceso metodológico consistió en identificar y comprender los conceptos claves relacionados con la obra pública y los contratos administrativos. Se destacaron elementos esenciales y característicos de estos contratos, así como su importancia en la ejecución para el interés colectivo. Se analizó el proceso de contratación en sus diferentes etapas: preparatoria, precontractual y contractual. Los contratos de obra pública, dentro del Derecho Administrativo, incluyen cláusulas exorbitantes que reflejan el poder del Estado para intervenir y asegurar el cumplimiento eficaz del contratista, ya que el incumplimiento contractual es un aspecto crucial debido a sus repercusiones en las obras públicas. Finalmente, se aborda la responsabilidad que tiene el Estado en casos de incurrir en el incumplimiento sus obligaciones contractuales como consecuencia de la corrupción y la mala administración de recursos públicos, y su afectación a la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía. | | | |
| ADJUNTO PDF: | <input type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593 99-474-0709 | E-mail: daanmald@hotmail.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE): | Nombre: Paredes Cavero, Ángela María | | |
| | Teléfono: +593 99-760-4781 | | |
| | E-mail: angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| No. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| No. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |