

UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO:

La cláusula de ajuste de precio y la contratación pública en Ecuador

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

Miguel Antonio Cabezas Bajaña

NOMBRE DEL TUTOR:

Fabricio Chica Martínez, Ab. Mgs.

SAMBORONDÓN, MES, AÑO

RESUMEN

El sistema de nacional de contratación pública es la herramienta que utiliza el Estado para planificar, adquirir bienes y servicios, y ejecutar obras de infraestructuras; en este sentido, es necesario que esta normativa se encuentre en concordancia con la constitución, código civil y demás leyes, pero además que esta sea práctica y en armonía con el conocimiento generado por organizaciones internacionales que se dedican a la gestión de proyectos. Es así como en este artículo académico se analiza los conflictos existentes entre partes de una misma norma y cómo esto vulnera ciertos principios establecidos en la contratación pública y en la constitución, pero también cómo todo esto termina afectando a proveedores y al mismo Estado. Con el fin de que la contratación pública sea equitativa y de que una mayor cantidad de interesados participen en procesos de contratación pública, al final, como conclusión, se plantea posibles soluciones que el legislador podría tomar como referencia para lograr ajustar la normativa a lo antes indicado.

Palabras claves: contratante, contratista, precio fijo, contratación pública, riesgos, ajuste económico.

ABSTRACT

The national public procurement system is the tool used by the State to plan, acquire goods and services, and execute infrastructure works; in this sense, this regulation must be in accordance with the constitution, civil code, and other laws, but also that it is practical and in harmony with the knowledge generated by international organizations dedicated to project management. Thus, this academic article analyzes the conflicts between parts of the same norm and how this violates certain principles established in public procurement and the constitution. It also explores how this affects suppliers and the State itself. In order to ensure that public procurement is fair and that a more significant number of interested parties

participate in public procurement processes, possible solutions are proposed that the legislator could take as a reference to adjust the regulations.

Keywords: contractor, contractor, fixed price, public procurement, risks, economic adjustment.

INTRODUCCIÓN

Los Contratos de Precio Fijo en la normativa de contratación pública del Ecuador

Nuestra sociedad es dinámica, y genera la necesidad de cambios legales que no tarden en implementarse ya que se corre el riesgo de que nuestra sociedad no tenga clara la ruta a seguir y se produzca ineficacia en la gestión de los recursos públicos.

En este sentido, en el presente trabajo, se revisa el régimen de los contratos de construcción, se explica las razones por las cuales la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, LOSNCP) debería actualizarse, en lo que respecta a Contratos de Precios Fijos, permitiendo (ya que actualmente está prohibido) la incorporación, bajo ciertas condiciones, de una cláusula de Ajuste Económico de Precio.

MARCO CONCEPTUAL

Las condicionales existentes en los Contratos de Precios Fijos

El artículo 53 de la LOSNCP) presenta cuatro requisitos que deberán cumplirse, de manera conjunta, para que un procedimiento de contratación se lo realice bajo la figura de contrato integral por precio fijo. Los requisitos son los siguientes: (1) se tomará la opción de contrato de precio fijo si la máxima autoridad, luego del análisis respectivo, concluye que esta opción es mejor que utilizar la figura de contrato por precio unitario; (2) cuando es indiscutible que lo mejor es consolidar en un solo contratista la provisión de equipos, construcción y puesta en marcha del proyecto de infraestructura; (3) cuando el monto referencial del proyecto es

mayor al valor obtenido de multiplicar 0.000007 por el presupuesto general del Estado del año en curso. Es decir, si el valor referencial del contrato es mayor a USD 220,520.06 (considerando que, en el año 2023, el presupuesto general del Estado aprobado fue de USD 31,502,865,593.76)[1]; (4) Que la entidad estatal contratante tenga: (a) los estudios completos; (b) los estudios definitivos y; (c) los estudios actualizados.

Dentro de este marco, el artículo 53 de la LOSNCP indica también tres prohibiciones que existen en los contratos integrales de precios fijos. Las prohibiciones son las siguientes: (1) realizar contratos complementarios al contrato original; (2) utilizar fórmulas de reajuste de precios o cualquier otra forma de variación de precios y; (3) cambiar, con excepción de fuerza mayor o caso fortuito, el plazo de ejecución del proyecto.

Adicional a los cuatro requisitos y tres prohibiciones, el artículo 53 de la LOSNCP hace una advertencia a los oferentes que suscriban contratos de infraestructura bajo la figura contractual de precio fijo: los contratistas, en las condiciones acordadas, asumirán todos los riesgos y serán responsables de cumplir el objeto del contrato.

Los contratos EPC y los principios que rigen la contratación pública en Ecuador

Los contratos EPC[2] son acuerdos en donde la contratista se obliga a hacer ingeniería (engineering), comprar materiales y equipos (procurement) y construir (construction) mientras que la contratante se obliga a pagar por esos servicios[3]. Estos contratos son usados en proyectos complejos donde se requiere alto conocimiento y experiencia por parte de la contratista. El hecho de hacer en un solo proceso de contratación la ingeniería y la

[1] Registro Oficial. *Proforma del presupuesto general del Estado 2023 y la programación presupuestaria cuatrianual 2023-2026.* (Quito, 2022), 8.
[2] EPC: Engineering, Procurement, Construction.
[3] Prado Puga, Arturo. *El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características.* (2014), 771

construcción ahorra tiempo al contratante. También este tipo de contrato es usado cuando la contratante tiene personal con muy poco conocimiento técnico sobre el proyecto a ejecutar.[4]

Por otro lado, el artículo 4 de la LOSNCP dispone que se observarán diez principios aplicables a la contratación pública en el Ecuador. Los principios manifestados son: (1) legalidad; (2) trato justo; (3) igualdad; (4) calidad; (5) vigencia tecnológica; (6) oportunidad; (7) concurrencia; (8) transparencia; (9) publicidad; y, (10) participación nacional.

En donde, de acuerdo con el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador (en adelante, Manual de Buenas Prácticas), el principio de trato justo tiene que ver con el hecho de dar a cada uno lo que le corresponde y de crear un equilibrio en el vínculo contractual entre el proveedor y el Estado[5].

Así mismo, el Manual de Buenas Prácticas indica que el principio de igualdad tiene que ver con el hecho de evitar discriminación alguna en la fase de contratación[6]. Ahora bien, la definición del principio de igualdad, de acuerdo con el Manual de Buenas Prácticas, está vinculado a la Constitución de la República del Ecuador[7] (en adelante, CRE), por lo que para entender de una forma más general este principio, encontramos que, el artículo 11.2 de la CRE indica que todas las personas son iguales y tendrán los mismos derechos, deberes y oportunidades y, el artículo 66.4 de la CRE manifiesta que se reconoce y se garantiza a las personas a la igualdad formal, material y la no discriminación. En donde, la definición de la igualdad material (que es un paso hacia adelante con respecto a la igualdad formal) es que se

[4] Ducci, J. Garzonio, O., Moreno Moreno, H. A., Navarrete, M.J., Perroni, A. & Riquelme, R. *Ventajas y riesgos de contratos llave en mano*. Banco Interamericano de Desarrollo. (2023), 3.
[5] Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador* (Quito, 2015), 38.
[6] Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador* (Quito, 2015), 38.
[7] Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador* (Quito, 2015), 38.

debe tomar en cuenta, entre otros, el contexto social y económico de la persona y, por lo tanto, esta persona deberá tener una diferenciación si la situación ha cambiado[8].

Con respecto al principio de concurrencia, el Manual de Buenas Prácticas habla acerca de que participar como proveedor es un derecho que debe ser ejercido por los miembros de la sociedad ecuatoriana y que a través de esta participación se evita la discrecionalidad por parte del Estado, obteniendo así ofertas adecuadas y óptimas que redundan en una mayor probabilidad de que el objeto del contrato se cumpla satisfactoriamente[9].

En resumen, la LOSNCP contiene, en el caso del artículo 4, diez principios; y, en el caso del artículo 53, cuatro requisitos, tres prohibiciones y una advertencia.

La solución de antinomias en Ecuador

Teniendo presente que los derechos no son absolutos[10], la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), en sus tres primeros artículos dice: (a) el artículo 1 de la LOGJCC indica que el objetivo y la finalidad de esta ley es, entre otras cosas, garantizar la supremacía constitucional; (b) el artículo 2 de la LOGJCC indica que, entre otros principios, se tendrá en cuenta el principio de aplicación más favorable a los derechos, es decir que, si hay varias normas o varias inferencias aplicables a un caso, se deberá elegir la que más proteja al derecho de la persona; (c) El artículo 3.1 de la LOGJCC, reglas de solución de antinomias indica que, cuando haya contradicciones entre normas, se aplicará la jerárquicamente superior.

Los Contratos de Precios Fijos en el Código Civil chileno y Código Civil ecuatoriano

[8] Servicio Nacional de Contratación Pública, *Evaluación Sistema Nacional Contratación Pública – Metodología MAPS,* (2021), 26.
[9] Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador* (Quito, 2015), 39.
[10] Tórtora Aravena, Hugo. *Las limitaciones a los derechos fundamentales,* (Santiago, 2010), 168.

En cuanto al ajuste de precio en contratos de precios fijos, el Código Civil chileno (en adelante, CCC) en su artículo 2003 y el artículo 1937 del Código Civil ecuatoriano (en adelante, CCE), que tratan sobre el empresario constructor que gestiona obras con un precio prefijado, estos dos códigos coinciden totalmente en el numeral 1 y en el numeral 2. En función de lo planteado, el artículo 2003.1 del CCC y el artículo 1937.1 del CCE reglamentan que, siempre que haya sido aprobado por el contratante, se podrá pedir aumento de precio en el caso de que se haya hecho algún complemento o modificación al plan original. Además, el artículo 2003.2 del CCC y el artículo 1937.2 del CCE indican que si por circunstancias desconocidas, se ocasionaren sobrecostos que no podían preverse, el contratista podrá pedir ajuste de precio al contratante, pero si el contratante llegara a negarse, el contratista podrá acudir a un juez para que analice si podía preverse la circunstancia desconocida y si la conclusión es que esta no podía preverse, el juez fijará el ajuste de precio que el contratante deberá pagar al contratista. Además, en el inciso final del artículo 2000 de la CCC y 1934 de la CCE se indica que, si la cosa perece por vicio dado por el que encargó la obra, la pérdida recae sobre el dueño de la obra.

Los Contratos de Precio Fijo en organizaciones internacionales de gestión de proyectos

Con el ánimo de aportar más ideas para que se entienda el problema de investigación, cabe considerar, por otra parte, lo que organizaciones internacionales especializadas en gestión de riesgos, costos, alcance, contratos (y otros elementos constitutivos de un proyecto de construcción) generan, como estándar, a nivel internacional. En este caso tomaremos como referencia lo indicado por el Project Management Institute[11] (en adelante, PMI), la

[11] El Project Management Institute (PMI) es una organización sin fines de lucro fundada en 1969 que, a través de más de 2.9 millones de personas en casi todos los países del mundo, se dedica a crear y a reforzar estándares en gestión de proyectos. Su sede central se encuentra en Newtown Square, Estados Unidos. https://www.pmi.org/about/learn-about-pmi

Association for the Advancement of Cost Engineering[12] (en adelante, AACE) y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (en adelante, FIDIC)[13].

El PMI en su Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos, Séptima Edición (en adelante, Guía del PMBOK[14]) en el apartado 4.6.8, Acuerdos y Contratos, indica que existen varios tipos de contratos dentro de la categoría de contratos de precios fijos; estos incluyen al precio fijo cerrado, precio fijo más honorarios con incentivos y el precio fijo con ajuste económico[15].

La AACE en su publicación Skills & Knowledge of Cost Engineering, 6th Edition, (en adelante, S&K), Chapter 23, Contracting for Capital Projects, Types of Contract, Fixed Price with Economic Adjustment, indica que, bajo la modalidad de contrato por precio fijo, todo o algunas partes del precio pueden ser ajustables bajo ciertas condiciones y que este ajuste se realizará de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en la cláusula de ajuste económico de precios insertada en el contrato[16]; además, señala la AACE en su misma publicación, los diferentes tipos de reclamos que, contractualmente, un contratista puede usar, los cuales son: (1) Cambio o variación dirigido por el contratante; (2) Cambios o variaciones constructivas; (3) Diferentes condiciones del sitio; (4) Suspensión dirigida del trabajo; (5) Suspensión constructiva de trabajo; (6) Fuerza mayor; (7) Retrasos; (8) Aceleración dirigida;

[12] La Association for the Advancement of Cost Engineering (AACE), fundada en 1956 es una organización sin fines de lucro que presta servicios a más de 10,000 miembros certificados en 100 países de diversas áreas de práctica que incluyen controles de proyectos, gestión comercial y de costos, gestión de cambios, planificación y programación, estimaciones, gestión de riesgos y decisiones, gestión de activos y resolución de disputas. Los miembros incluyen contratantes, contratistas y consultores de industrias tales como construcción, manufactura, ingeniería, infraestructura, recursos naturales, generación de energía, servicios públicos y gobierno. Su sede se encuentra en Fairmont, Estados Unidos. https://web.aacei.org/about

[13] La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), fundada en 1913, es un ente que representa a más de un millón de profesionales de la ingeniería y 40,000 empresas en más de 100 países del mundo. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza. https://fidic.org/about-us

[14] PMBOK: Project Management Body of Knowledge

[15] PMI, *Guía del PMBOK, Séptima Edición* (Newton Square, 2021), 191.

[16] Association for the Advancement of Cost Engineering, *Skills & Knowledge of Cost Engineering* (Fairmont, 2015), 305.

(9) Aceleración constructiva; (10) Terminación por conveniencia; (11) Terminación por incumplimiento[17].

En los principios de oro de la FIDIC, indica que al definir deberes, derechos y obligaciones un contrato reparte los riesgos al contratista y al contratante, y si esta repartición de riesgos o recompensa se hace de forma justa y equilibrada, se mejorarán las probabilidades de que el precio del contrato se mantenga moderado y óptimo, contribuyendo a que el proyecto sea exitoso[18].

Con relación a los riesgos, Nael Bunni formula cuatro criterios que ayudan a distribuir o asignar el riesgo entre las partes. Los criterios son: determinar cuál de las partes puede controlar mejor los riesgos y sus consecuencias; cuál de las partes podría prever mejor el riesgo; cuál de las partes puede soportar mejor el riesgo y; cuál de las partes tiene mayor daño o beneficio si el riesgo se presenta[19]

La FIDIC, por su parte, plantea en la cláusula 18, del Libro Rojo, Edición 2017[20], los Eventos Excepcionales, que lo conceptúa como: (1) un evento o una circunstancia que está fuera del control de la parte que lo sufre; (2) que esa parte no lo podía haber previsto antes de firmar el contrato; (3) que una vez que inicia el evento o la circunstancia, esa parte no lo puede evitar o no lo puede resolver y; (4) que no es atribuible a la otra parte. La cláusula 18 del Libro Rojo plantea también una lista de situaciones como eventos excepcionales no limitada a: guerra civil, revolución, usurpación del poder, eventos hostiles, guerra total, invasiones, conmoción social, actos de adversarios extranjeros, rebelión, terrorismo, insurrección, golpe militar, disturbios, desorden iniciado por personas que no pertenecen al contratista, huelga total,

[17] Association for the Advancement of Cost Engineering, *Skills & Knowledge of Cost Engineering* (Fairmont, 2015), 337.
[18] Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). *The FIDIC Golden Principles*. (Ginebra, 2019), 11.
[19] Nael Bunni, *The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts* (2009), 6.
[20] El Libro Rojo es utilizado, desde su primera edición en 1957, en contratos de construcción donde el dueño del proyecto, contratante o empleador provee la ingeniería.

municiones de guerra, materiales explosivos, contaminación por radioactividad no provocado por la contratista, catástrofes como terremotos, tsunami, actividad volcánica, huracanes o tifones.

Como complemento a lo indicado en el párrafo anterior, el artículo 30 del CCE define a la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto que no es posible resistir, tales como: un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

ANÁLISIS

Después de haber presentado normas, conceptos, literatura y recursos relevantes, es importante ahora analizar porqué es necesario que la LOSNCP en el Capítulo V, Procedimientos Especiales, Sección I, Contratación Integral por Precio Fijo, se actualice en lo que respecta a que este tipo de contratación tenga, bajo ciertas circunstancias, la opción de tener un Ajuste Económico de Precio.

El análisis empieza revisando el artículo 53.2 de la LOSNCP en donde se indica que cuando existe un beneficio incuestionable, se dará a un solo contratista todo el paquete de trabajo. Es decir, se trata aquí de un contrato de precio fijo donde la contratista realizará la procura, la construcción y la puesta en marcha. Sin embargo, la ingeniería básica y de detalle del proyecto de infraestructura estará a cargo de la contratante por lo que no se podría considerar que esta figura contractual sea la de una llave en mano o EPC. Para que la figura del EPC se cumpla, el contratista, bajo una suma alzada (como cotización), debería encargarse de la ingeniería, la procura y la construcción y este no es el caso. Entonces, en el caso de que la ingeniería de detalle -proporcionada por la contratante- no esté desarrollada a un nivel apto para la construcción, las pérdidas de productividad, retrabajos e incluso paralizaciones será, según el último inciso del artículo 53, a riesgo de la contratista.

El artículo 53.4 de la LOSNCP ordena que, para proceder con la aplicación de la figura de contratación por precio fijo, la contratante deberá tener los estudios del proyecto de infraestructura completos, definitivos y actualizados. Dado lo anterior, se entiende que aquí, igual que en el análisis del artículo 53.2 de la LOSNCP, se dará una contratación por precio fijo donde el contratante proveerá la ingeniería de básica y de detalle y, por otro lado, el contratista ejecutará el proyecto en base a esta información. Por lo tanto, en este caso tampoco se podrá catalogar al proyecto como una llave en mano o un EPC porque la

ingeniería no la provee la contratista sino la contratante. En este caso, si los estudios son completos, definitivos y actualizados, pero en el transcurso de la ejecución existe una discordancia entre, por ejemplo, los planos estructurales y los planos de tubería (una tubería choca con una columna) cualquier cambio que realice la contratante -como responsable de la ingeniería- tendrá como resultado un cambio en los costos no solamente directos, sino indirectos y también de oficina central u overhead. Pero, a pesar de que el cambio creará un sobrecosto -no originado por la contratista-el penúltimo inciso del artículo 53 indica que se encuentra prohibido cualquier variación de precios y, además, que, de acuerdo con el último inciso del mismo artículo antes indicado, la contratista asumirá todos los riesgos y responsabilidades al que se enfrente con el fin de lograr el objetivo del contrato.

El CCE en su artículo 1937.1 (y el CCC, artículo 2003.1), que trata sobre contratos de construcción de edificios con precio fijo prefijado, dice que si el contratante llegara a hacer un cambio en el plan original, el contratista podrá pedir aumento de precio. Entonces, acorde al artículo 1937.1 de la CCE, si el contratante, debido a que su ingeniería no está desarrollada óptimamente, debería admitir revisión de precios a la contratista. Sin embargo, el artículo 53 prohíbe cualquier variación de precios. Asimismo, el CCE en su artículo 1937.2 (y el CCC, artículo 2003.2) que también trata sobre contratos de construcción de edificios con precio fijo prefijado, dice que si por circunstancias desconocidas, por ejemplo, que el contratante no haya desarrollado una óptima ingeniería básica y de detalle en la cimentación del proyecto y que, dado lo anterior, no haya registrado algún vicio oculto del suelo, el contratista, luego de solicitar autorización al contratante, tiene derecho a que el contratante pague los costos de este imprevisto y, además, que, si el contratante se rehúsa, el contratista podrá solicitar a un juez que analice y decida sobre si podía preverse el vicio oculto; en caso de que el juez decida que el vicio oculto no podría preverse, él fijará el nuevo precio que corresponda. No obstante, el artículo 53 prohíbe cualquier variación de precio. Por otra parte, el inciso final del artículo

1934 del CCE (artículo 2000 de la CCC) dice, con otras palabras, que la pérdida de la materia recae sobre el contratante, si este da al contratista una ingeniería no apta para construcción.

El penúltimo inciso del artículo 53 de la LOSCNP trata sobre prohibiciones tales como, el realizar contratos complementarios, utilizar formula de reajuste de precio, usar cualquier forma de ajuste o variación de precio y cambiar el plazo de ejecución del proyecto (con excepción de fuerza mayor o caso fortuito). Pero dado el caso en el cual (por problemas de sobreposición de elementos de diferentes especialidades de ingeniería en un mismo punto del proyecto), sea necesario cambiar varios planos (lo que producirá, como efecto, un cambio en el alcance de los trabajos lo cual no estaba contemplado originalmente[21]), no se podrá realizar un contrato que complemente y que cubra estos nuevos trabajos, y, por ende, el contratista no los podrá cobrar, pero tampoco el contratista podrá pedir prórroga de plazo porque en este caso no aplicaría fuerza mayor o caso fortuito. Es decir, por donde se lo mire, el artículo 53 es una especie de camisa de fuerza que constriña a los proveedores o contratistas del Estado.

En relación a este penúltimo inciso del artículo 53, en donde al contratista se le permite realizar prórroga de plazo, pero no se le permite pedir variación de precio se tiene la experiencia de lo sucedido el 16 de marzo de 2020 cuando el Presidente de la República del Ecuador de ese entonces, Lcdo. Lenin Moreno, emitió el Decreto Ejecutivo No. 1017[22], con el cual dispuso, entre otras cosas, la suspensión del derecho a la libertad de tránsito, la restricción para la circulación en vías y espacios públicos y la suspensión de la jornada presencial de trabajo tanto para trabajadores públicos como privados. Este decreto fue emitido luego de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declarara pandemia al brote de Covid-19 (Coronavirus)[23]. Ahora bien, luego de la emisión del

[21] Rodríguez Pinto, M.S. *La variabilidad del precio en el contrato de construcción* (2020), 95.
[22] Decreto Ejecutivo No. 1017 del 16 de marzo de 2020 mediante el cual el Presidente, Lcdo. Lenin Moreno, declaró "Estado de Excepción por Calamidad Pública en todo el territorio nacional".
[23] https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-comopandemia#:~:text=Ginebra%2C%2011%20de%20marzo%20de,puede%20caracterizarse%20como %20una%20pandemia.

Decreto Ejecutivo 1017, los contratos públicos de construcción que contenían cláusula de prórroga de plazo se acogieron a esta (en virtud de la obligatoriedad de acatamiento de un estado de excepción, a lo indicado en el artículo 6.31 de la LOSNCP y al artículo 30 del Código Civil ecuatoriano). Y aunque los contratistas del Estado, que tenían contratos de precios fijos, pudieron prorrogar o suspender el plazo de sus contratos, no los pudieron reequilibrar económicamente y esto porque el artículo 53 de la LOSNCP prohíbe la introducción de cualquier mecanismo de variación de precios en este tipo de contrato. Lo anterior es entendible porque nunca se había tenido la experiencia de vivir una pandemia (y la norma no estaba preparada para eso). No obstante, no sería entendible que, hoy en día, se siga manteniendo normativa con estándares pre Covid-19, cuando sabemos que otra pandemia, guerra, catástrofe natural, etc. podría acontecer en cualquier momento, afectando costos en los proyectos. Para enmendar el hecho de no permitir variación de precio en contratos de precios fijos se podría tomar como referencia lo indicado en la cláusula 18, eventos excepcionales, del Libro Rojo FIDIC en donde se indica que si un evento está fuera del control de la parte que lo sufre (contratista), que no lo podía prever antes de firmar el contrato, que una vez iniciado el evento, no lo puede resolver o evitar y que el evento no es atribuible a la otra parte, tiene derecho a que se le aumente el tiempo de entrega del servicio o producto y además, tiene derecho a una compensación económica.

El último inciso del intrincado artículo 53 de la LOSNCP al hacer la advertencia de que hay que cumplir el objeto del contrato asumiendo totalmente los riesgos, confirma que realizar trabajos para el Estado, usando la figura de contrato por precio fijo es complejo. No obstante, es en este último inciso en que la contradicción es mayor porque, aunque indica que los contratistas asumen los riesgos y responsabilidades producto de cumplir con el contrato, señala también que serán en las condiciones acordadas. Las condiciones se acuerdan antes de la suscripción del contrato. En otras palabras, la contratista, en el ejemplo de discordancia

entre ingenierías de diferentes especialidades, accedió a hacer un trabajo en un momento en el cual no sabía que la ingeniería básica e ingeniería de detalles, que había producido la contratante, era deficiente.

En relación a la problemática expuesta, cabe aquí analizar los cuatro criterios de asignación de riesgos en contratos de construcción desarrollado por Nael Bunni en donde, analizando el caso en el que la ingeniería básica y de detalles no está apta para construcción, se tiene que: (1) el contratante en las etapas iniciales de la planificación pudo haber controlado mejor el riesgo de empezar un proyecto sin planos de ingeniería básica y de detalles aptos para construcción, pues si los planos no estaban listos, tenían que esperar a que lo estén y cumplido esto, iniciar recién el proceso de adjudicación del proyecto; (2) obviamente el contratante, al ser responsable del desarrollo de la ingeniería y al saber que su ingeniería no estaba apta para construcción, pudo prever mejor el riesgo de que había la probabilidad de problemas en la etapa de ejecución del proyecto de construcción; (3) es difícil saber cuál de las partes puede soportar mejor el riesgo pues el contratista podría ser una multinacional con gran músculo financiero que podría soportar pérdidas o también, podría ser, que el contratista sea una PYME[24] que, con algún sobrecosto no solventado, terminaría quebrado económicamente; (4) la misma deducción obtenida en el tercer criterio, se tiene con el cuarto, pues no hay información en el escenario expuesto sobre las características del contratista y de la entidad estatal contratante. En resumen, no se cumple aquí los principios de oro de la FIDIC que indica que la asignación justa y equilibrada de riesgos y recompensas mejoran la probabilidad de que el precio del contrato se mantenga, lo que contribuiría a que el proyecto sea exitoso.

Ahora bien, la AACE plantea once tipos de reclamos que un contratista tiene derecho hacer para pedir tiempo y dinero, de los cuales, los que podrían calzar en el escenario aquí usado

[24] PYME: Pequeñas y Medianas Empresas

serían: (1) El reclamo por cambio o variación dirigido por el contratante, porque, al ser el contratante el que hace la ingeniería, este, a través de los cambios realizados en sus planos de construcción, dirige al contratista. (2) Suspensión dirigida del trabajo, porque al encontrarse la superposición de elementos durante la ejecución del proyecto, una parte de los recursos que estaban trabajando en el lugar del conflicto de ingenierías, tendrán que ser recolocados en otras áreas, pero habrá otra parte de los recursos que tendrán que paralizar definitivamente hasta que se solucione el problema, generando sobrecostos. (3) Aceleración dirigida, luego de resuelto el problema, se tendrá que recargar de recursos la parte de la construcción que tuvo que parar por problemas en los planos de la ingeniería de detalles. Por lo que, acorde al AACE, en los tres tipos de reclamos antes indicados, el contratista tiene derecho a ajuste de precios o compensación económica más prórroga de plazo y esto debido a que el problema lo originó la parte responsable de tener los estudios completos, definitivos y actualizados que, en este caso, es el contratante.

Dentro de este orden de ideas, el confuso artículo 53 de la LOSNCP vulnera los principios señalados en el artículo 4 de la LOSNCP por ejemplo el principio de trato justo porque, en primer lugar, en los contratos de precios fijos no existe un equilibrio en el vínculo contractual entre el contratista y el contratante (Estado); con respecto al principio de igualdad, los contratistas con contratos de precios fijos tienen menos derechos que los contratistas que tienen contratos de precios unitarios; con respecto al principio de concurrencia, al existir, en los contratos de precio fijo, una desigual distribución de los riesgos (con mayor peso para el contratista, si se lo compara con el contratante), muchos potenciales medianos y pequeños oferentes desisten de participar ya que al ganar el proceso de contratación, toda la carga de la responsabilidad caerá sobre ellos, lo que muy probablemente les creará problemas financieros.

CONCLUSIÓN

Dado el último evento (pandemia) que afectó la ejecución de contratos en Ecuador, se requiere de una nueva normativa que cubra la probabilidad de que sucedan imprevistos poco comunes, para eso, la guía FIDIC, que explica cómo enfrentar el Covid-19 en empresas de ingeniería de consultoría,[25] y la cláusula 18 de los contratos FIDIC, que trata sobre eventos excepcionales, podrían servir de referencia y complementarse con lo que se tiene actualmente en el artículo 30 del CCE.

Otras organizaciones sin fines de lucro que se podrían tomar como referencia son el PMI y a la AACE que en común tienen, en sus respectivos cuerpos de conocimiento, en que establecen que un contrato de precios fijos no puede estar cerrado al ajuste de precios. De hecho, estas organizaciones no indican que debe desaparecer el contrato de precio fijo, sino que ellos proponen que los contratos de precios fijos con ajuste económico deberían coexistir como alternativa al precio fijo sin ajuste de precios. No debería subestimarse lo que estos organismos han ido creando en lo que respecta a gestión de proyectos. Un ejemplo de la influencia del PMI en gobiernos e instituciones públicas es el caso de Perú en donde se ha gestionado la integración de la estructura de instituciones públicas (definida por normativa peruana) con la estructura de gerencia de proyectos divulgada por el PMI (definida por el PMBOK)[26].

Lo mismo con la cada vez mayor importancia que tiene el modelo estandarizado de contratos que ofrece la FIDIC, los cuales son una exigencia por parte del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y otros bancos multilaterales para la ejecución de proyectos

---

[25] Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). *Coronavirus (COVID-19): FIDIC Guidance for global consulting engineering businesses*. (Ginebra, 2020), 8.

[26] Machicao, José, *Modelo de gobierno local basada en la estructura de la guía al cuerpo de conocimiento de la gerencia de proyectos* (Buenos Aires, Newtown Square, 2004), https://www.pmi.org/learning/library/es-local-government-model-pmbok-guide-8870

financiados por ellos. Un ejemplo en Ecuador es el proyecto Metro de Quito el cual fue ejecutado usando un contrato FIDIC (MDB[27], Libro Rosa).

Se concluye que el numeral 2, numeral 4, penúltimo y último párrafo del artículo 53 de la LOSNCP chocan entre sí y producto de este choque (antinomia, incluso), se ven afectados los principios de trato justo, igualdad y concurrencia, los cuales están ordenados en el artículo 4 de la LOSNCP.

Además, el artículo 53 no está en armonía con lo indicado en los artículos 1934 (último inciso), 1937.1 y 1937.2 de la CCE

Por lo anterior, se sugiere que los legisladores actualicen el artículo 53 de la LOSNCP a un contexto Post Covid y en concordancia al estado del arte en lo que a gestión riesgos, costos y contratos se refiere.

[27] MDB: Multilateral Development Bank

Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente. (04 de agosto de 2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Montecristi: Asamblea Constituyente del Ecuador.

Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2019). *Código Civil ecuatoriano.* Quito: Registro Oficial.

Association for the Advancement of Cost Engineering. (2015). *Skills & Knowledge of Cost Engineering, 6th Edition* . Fairmont: AACE International.

Bunni, N. (2009). *The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts.* International Construction Law Review.

Congreso Nacional de Chile. (2000). *Código Civil chileno.* Santiago de Chile: Congreso Nacional de Chile.

Ducci, J., Garzonio, O., Moreno Moreno, H. A., Navarrete, M. J., Perroni, A., & Riquelme, R. (2013). *Ventajas y riesgos de contratos llave en mano.* Banco Iteramericano de Desarrollo.

Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). (2017). *Libro Rojo.* Ginebra: FIDIC.

Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). (2020). *Coronavirus (COVID-19): FIDIC Guidance for global consulting engineering businesses.* Ginebra: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC).

Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (2019). *The FIDIC Golden Principles.* Ginebra: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC).

Moreno Garcés, L. (16 de marzo de 2020). Presidencia de la República del Ecuador. *Decreto Ejecutivo No. 1017*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Organización Panamericana de la Salud. (11 de marzo de 2020). *PAHO*. Obtenido de https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia#:~:text=Ginebra%2C%2011%20de%20marzo%20de,puede%20caracterizarse%20como%20una%20pandemia.

Prado Puga, A. (2014). El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características. *Revista chilena de derecho*, 765-783.

Project Management Institute (PMI). (2021). *Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK).* Newtown Square: Project Management Institute, Inc.

Registro Oficial. (2022). *Proforma del presupuesto general del Estado 2023 y la programación presupuestaria cuatrianual 2023-2026.* Quito: Registro Oficial.

Rodríguez Pinto, M. S. (2020). La variabilidad del precio en el contrato de construcción. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 79-99.

Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (2015). *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador.* Quito: SERCOP - SCPM.

Sevicio Nacional de Contratación Pública. (2021). *Evaluación Sistema Nacional Contratación Pública - Metodología MAPS.* Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública.

Tórtora Aravena, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, 167-200.

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor del estudiante ***Miguel Antonio Cabezas Bajaña,*** con cédula No. 0917804205, de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el Paper Académico con el título: **"LA CLÁUSULA DE AJUSTE DE PRECIO Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR"** presentado como requisito previo a optar por el grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos establecidos de carácter académico, por lo que autorizo su presentación.

Muy atentamente,

Fabricio Alejandro Chica Martínez, Ab. Mgs.
Docente Tutor

Samborondón, 26 de septiembre de 2023