

REPUBLICA DEL ECUADOR
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS
NACIONALES

XXXII CURSO DE MAESTRIA EN SEGURIDAD Y DESARROLLO
CON MENCIÓN EN GESTIÓN PÚBLICA
Y GERENCIA EMPRESARIAL



“ LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA “

Tesis presentada como requisito para optar al Título
de Master en Seguridad y Desarrollo

Auto: Abog. Marco Boada Marquéz
Aşesor: Dr. Enrique Gómez
Quito, junio 2005

DEDICATORIA

La presente investigación, esta dedicada a Bryan David y Cristian Ariel Boada Gallardo, para que perpetúe mis ideas de cambio. A Gloria Márquez, con cuyo amor y confianza me impulsan a ser cada día mejor.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi gratitud al INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS Y CENSOS (INEC) por seleccionarme a fin de que participe en la maestría, al INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES (IAEN), a su plana de asesores y en especial al Dr. Enrique Gómez, director de tesis.

INDICE

| <u>CONTENIDO</u> | <u>PAG. Nº</u> |
|---|----------------|
| INTRODUCCION | 1 |
| | |
| CAPITULO I. | |
| Antecedentes y Generalidades | |
| 1.1. Antecedentes Históricos | 5 |
| 1.2. Contratos de la Administración Pública | 9 |
| 1.3. Concepto | 12 |
| 1.4. Caracteres y Régimen Jurídico | 15 |
| 1.5. Formalismo | 15 |
| 1.6. Desigualdad Jurídica | 17 |
| | |
| CAPITULO II | |
| La Contratación Pública | |
| 2.1. Objeto de la Contratación Pública | 20 |
| 2.2. Finalidad de la Contratación Pública | 22 |
| 2.3. Principios Jurídicos | 23 |
| 2.3.1. Libre Concurrencia | 23 |
| 2.3.2. Igualdad entre los Oferentes | 26 |
| 2.3.3. Publicidad | 30 |
| 2.3.4. Transparencia | 31 |
| 2.3.5. Legalidad | 33 |
| 2.3.6. Equidad Y Eficiencia | 34 |
| 2.4. Requisitos, Elementos y Características de la Contratación Pública | 34 |
| 2.4.1.- Requisitos: | 34 |

| | | |
|----------|------------------------------|----|
| 2.4.1.1. | Pliegos o Estudios | 34 |
| 2.4.1.2. | Partida Presupuestaria | 35 |
| 2.4.1.3. | Documentos Pre-Contractuales | 36 |
| 2.4.2. | Elementos | 39 |
| 2.4.2.1. | Sujetos | 40 |
| 2.4.2.2. | Voluntad, Consentimiento | 42 |
| 2.4.2.3. | Objeto | 47 |
| 2.4.2.4. | Forma | 49 |

CAPITULO III

| | | |
|--------|---|----|
| 3.1. | Procedimiento para la Contratación | 52 |
| 3.2. | Los Documentos Pre-Contractuales | 54 |
| 3.2.1. | Generalidades | 54 |
| 3.3. | Disposiciones Especiales de la Licitación | 57 |
| 3.4. | Disposiciones Especiales del Concurso Público de Ofertas | 58 |
| 3.5. | Aspectos Jurídicos | 60 |
| 3.6. | Fases de Procedimiento | 62 |
| 3.6.1. | El pliego de condiciones | 62 |
| 3.6.2. | La convocatoria en el proceso de contratación | 63 |
| 3.6.3. | La presentación de ofertas | 64 |
| 3.6.4. | El Estudio de las Propuestas por la Administración | 65 |
| 3.6.5. | La Adjudicación | 66 |
| 3.6.7. | La Notificación al Interesado | 67 |
| 3.7. | Etapa Contractual | 68 |
| 3.8. | Contenidos de los Contratos | 72 |

CAPITULO IV

Proyecto de Reglamento Tipo de Contratación Pública para normar los Montos Inferiores al Concurso Publico de Ofertas

| | |
|--------------------------------|----|
| 4.1. Presentación del Proyecto | 80 |
|--------------------------------|----|

CAPITULO V

| | |
|----------------------|-----|
| 5.1. Conclusiones | 97 |
| 5.2. Recomendaciones | 101 |

| | |
|---------------------|------------|
| BIBLIOGRAFIA | 104 |
|---------------------|------------|

INTRODUCCIÓN

Los Contratos de la Administración Pública.

La presente tesis trata de las diferentes pasos y etapas que tienen que efectuarse previo a la suscripción de los contratos públicos. Partiendo de que el que los contratos administrativos o "contratos publico", es una declaración voluntaria común, un acto bilateral propio de la manifestación de voluntad conciente de las partes, que produce efectos jurídicos entre un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un ente particular sea esta persona natural o jurídica pública o privada.¹

Las Instituciones públicas para poder cumplir con sus deberes y obligaciones dentro de la funcionalidad del Estado requiere contratar la ejecución de obras, adquirir bienes y solicitar servicios que por su naturaleza no puede ser ejecutados por la misma administración, estas necesidades implican el cumplimiento de la normativa legal establecida para el efecto, enlazando el principios los principios jurídicos de: Libre concurrencia, Igualdad entre los ofertantes, Publicidad, Transparencia y Legalidad.

Cuando manifestamos que existe una normativa establecida, es necesario que exista una determinación de procedimientos comunes, procedimientos especiales y de contratación directa lo cual permite que la Administración Pública, se vincule con procedimientos que pueden afectar a sus necesidades, puesto que el contrato administrativo o contrato de la administración tiene elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico

¹AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 52

propio, que en definitiva podemos determinar que existe una falta de procedimientos comunes.²

Tenemos que tener claro lo que establece el Código Civil en el Art. 1481 " El contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para la otra a dar, hacer o no alguna cosa, cada parte puede ser una o muchas personas

Por otro lado Guillermo Cabanilas en su enciclopedia jurídica manifiesta: que se lo puede considerar como un acuerdo jurídico, esto quiere decir que para poder hablar de un contrato primero deben existir las dos partes que comprometan sus voluntades.

Con la definición anterior decimos que el contrato administrativo es aquel que es producido por entidades del sector público las cuales están determinadas dentro de lo que indica la Constitución Política de la República en su Art. 118, con los particulares sean estas personas naturales o jurídicas, con la finalidad de satisfacer necesidades que derivan de la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Los Contratos del Estado, "Contratos de la Administración o contratos administrativos", están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único.

No hay contratos civiles en la Administración en principio; todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales; El enfoque y el análisis del tema planteado está orientado a la necesidad de regular los procedimientos precontractuales y los procedimientos contractuales que se generan dentro de la administración pública, los mismos que

² AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 104

tiene que ver con el interés público orientado al servicio de la colectividad, puesto que las diferentes instituciones que están contempladas dentro del Art. 118 de la Constitución, satisfacen sus necesidades y las de sus servicio a través de actos jurídicos solemnes y bajo reglas eminentemente especiales.³

Es necesario enfatizar en la formalidad que por su naturaleza se requiere que exista en los contratos de la administración para su otorgamiento, estos deben cumplirse ciertos procedimientos que tiendan al enlace de las voluntades entre la administración pública y el particular u otro ente público, con miras a la formación de su consentimiento o voluntad.

Los métodos observados para la selección del oferente de la administración no son concretos para un solo contrato, sino que pueden ser aplicados indistintamente para todos o para algunos de ellos. Pues como los expertos de contratación pública, el principio general es que la administración pública puede elegir libremente la persona con la cual contratará; sólo un texto normativo expreso en sentido contrario deja sin efecto tal principio.

Ahora bien, este proceso de los contratos de la administración se manifiesta, pues, a través de los siguientes pasos de carácter administrativo, técnico, jurídico: preparación de la autorización para contratar; determinación del presupuesto estimativo de costo y objeto que deberá contratarse; elección del contratante por un procedimiento especial se estos: licitación pública, concurso publico de ofertas, o contratación directa.⁴

³ AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 115

⁴ AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 117

Posteriormente al presentar un proyecto de reglamento tipo, para normar los montos inferiores a los que se refiere la Ley de Contratación Pública, en el cuarto inciso del Art. 4, pretendo llegar a todos los sectores que participan y están vinculados de una u otra manera con los procesos precontractuales a seguir los mismos que orientan el procedimiento para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, no regulados por la Ley de Consultaría,

Cabe indicar que dentro de este procedimiento precontractual están involucrados muchos profesionales de las diferentes unidades de gestión de las Instituciones del Estado a ellos va orientado este proyecto.

De igual manera pretendo hacer conocer este trabajo a la empresa privada "proveedores", engranaje trascendental de la sociedad, quien contrata con el Estado, por lo manifestado considero que esta tesis es importante para estandarizar dentro del sector público un reglamento general estableciendo procedimientos claros y viables de los montos inferiores a la base del concursos público de ofertas, y que por lo general son aquellos que más a menudo se presentan en el diario convivir de la Instituciones del Estado.⁵

⁵ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Pág. 37

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES.

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

En la Ley Orgánica de Hacienda de los años 1927 y 1928, se encontraba normada la contratación pública en el Ecuador, más tarde, en el año 1974 se dicta la Ley de Licitación y Concurso de Ofertas, cuyos montos de contratación era de cien mil sucres y cincuenta mil sucres, respectivamente.

Para el año de 1976 se produce un incremento en esos valores, duplicándolos, en doscientos mil sucres y en cien mil sucres.

Una de las reformas más trascendentales que tuvo esta Ley fue publicada en la Ley No. 015, en el Registro Oficial de 27 de agosto de 1985, destacándose como importante los siguientes puntos: rebaja de las garantías del anticipo conforme avanzaba la obra, se establece la entrega recepción provisional ficta o tácita, los montos para los procesos de licitación y concurso de ofertas, se fijaban de acuerdo al Presupuesto General del Estado, presenta soluciones para las controversias, se precisa el tema de los contratos financiados como préstamo de gobierno a gobierno o de órganos multilaterales, en el que el país fuera signatario, Algo fundamental de mencionar en esa reforma, es que se determinan rentas para algunos organismos del país, entre ellos, está la Procuraduría General del Estado.⁶

En el Registro Oficial de 16 de Agosto de 1990 se publica la primera Ley de Contratación Pública, en donde se hace una

⁶ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Pág. 68

clasificación entre procedimientos comunes y especiales, reglando lo referente a la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios no sujetos a la Ley de Consultoría. Los comunes se dividen en; licitación, si la cuantía supera el valor de diez mil salarios mínimos vitales generales; el concurso público de ofertas, si la cuantía no excede de diez mil, pero supera los cuatro mil salarios mínimos vitales generales; el concurso público de precios, si la cuantía no rebasa los cuatro mil, pero excede de los mil quinientos salarios mínimos vitales generales; y, el concurso privado de precios, si la cuantía supera los ciento cincuenta y no rebasa los mil quinientos salarios mínimos vitales generales.⁷

Los procedimientos especiales son para la adquisición de bienes inmuebles, arriendo de bienes muebles e inmuebles y los que efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro o de gobierno a Gobierno.

En esta Ley se organiza la estructura de los comités; y, conserva la tradición en lo que tiene que ver con los dos sobres de los oferentes, continúa la existencia garantía del 2% para asegurar la firma del contrato adjudicado, una garantía del 5% del monto total del contrato; de ser ejecución de obra, el contratista debe entregar una garantía del 5% de cada planilla de avance de obra y una del 100% de los anticipos recibidos.

Como novedades instaure la garantía técnica y una sola entrega para las adquisiciones de bienes muebles y prestación de servicios. También, se deroga la Ley de Reajuste de Precios, incluyendo esta figura dentro de la nueva Ley de Contratación Pública, especificando

⁷ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Pág. 79

una fórmula polinómica básica, otorgándole el carácter de irrenunciable. Además, amplía la entrega recepción ficta o tácita para la entrega definitiva.

Enuncia, con claridad, la forma de terminar los contratos, pues, anteriormente, solo constaba el cómo solucionar las divergencias y puntualiza las acciones que pueden tomar, tanto el contratista como el contratante.

En lo que se refiere a la competencia para conocer de los conflictos, también, ha sido sujeta de varias modificaciones: originalmente, estaba asignado a la Corte Superior de Justicia y a la Corte Suprema de Justicia.

El Artículo 38 de la Ley de Modernización otorgó la competencia a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, luego, con la reforma del 3 de abril de 1997, se radica en las Cortes Superiores.

Las normas interpretativas que dictó la Corte Suprema de Justicia, establecieron que, en primera instancia, conozcan los juzgados de lo civil. Finalmente con la Ley de Transformación Económica, publicada en el Registro Oficial de 13 de marzo del año 2000, se entregó la competencia, nuevamente, a los Tribunales Distritales de Contencioso Administrativo.

La Ley de Contratación Pública, principalmente, ha tenido dos reformas importantes : la primera publicada en el Registro Oficial de 28 de enero de 1991 y la segunda publicada en el Registro Oficial de 13 de Marzo del 2000, que origina su actual Codificación , publicada el 22 de febrero del año 2001.

Los aspectos más sustanciales que merecen mencionarse en esta reforma son lo siguientes:

- Quedan como procedimientos de contratación solo licitación y el concurso público de ofertas, si rebasa el valor de la multiplicación del coeficiente del 0.00004 por el monto del Presupuesto General del Estado, se trata de una licitación y de la multiplicación del coeficiente del 0,00002 por el monto del Presupuesto General del Estado, se trata del concurso público de ofertas. Los montos interiores a estos deberán ser reglados, interiormente por las instituciones del sector público.
- Se suprimen los dictámenes de los documentos precontractuales, que eran emitidos por la Procuraduría General del Estado y la Contraloría general del Estado,
- Ampliación del porcentaje para realizar contratos complementarios del 35% al 50% al monto del contrato principal actualizado
- Se concedió más liquidez al contratista. Al permitirle que, en lugar del descuento del 5% en cada planilla de avance de obra, pueda presentar una garantía total sobre su valor
- Se explica mejor la devolución de los montos de anticipos no devengados en obra.
- Se elimina la liquidación económica del reajuste de precios en la entrega de recepción provisional.

1.2.- CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Contrato de la Administración.

Los contratos del Estado, "contratos de la Administración o contratos administrativos", están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único.

Según nos dice Sayagués Laso, la administración pública no siempre obra en sentido unilateral, o sea, mediante actos administrativos, sino que, frecuentemente, llega también a un acuerdo con los particulares u otros entes públicos, por lo que, celebra actos bilaterales o plurilaterales de diferente naturaleza.⁸

Conviene reconocer que, en términos generales, una gran mayoría de las instituciones jurídicas son comunes a los diferentes aspectos del ordenamiento jurídico, Tal es el caso, por ejemplo, de que el contrato es común al derecho laboral, administrativo, etc.

Como dice Martín Retortillo, en verdad, algunos conceptos e instituciones que se desarrollaron en el primer momento en el Derecho privado, posteriormente han sido utilizados por el Derecho público y singularmente por el Derecho Administrativo, produciéndose un verdadero préstamo o una verdadera cesión de técnicas.⁹

Por lo mismo, siguiendo a este como a muchos otros tratadistas diremos, pues, que no existen figuras jurídicas exclusivas de Derecho privado o de Derecho público. Así, por ejemplo, las instituciones de la propiedad, de los contratos, de la responsabilidad, de las servidumbres,

⁸ SAYAGUÉS LASSO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Pág. 113

⁹ AGUIRRE TORRES, Marco. Manual de Práctica de Derecho Administrativo. Pág. 136

de los derechos subjetivos, etc., son figuras jurídicas utilizadas comúnmente por los dos. Es decir, son instituciones jurídicas u objetos amplios del Derecho cuya naturaleza permanece igual en cada supuesto.

El contrato es una categoría genérica, una de aquellas figuras jurídicas que, si se la considera en un sentido estricto, constituye un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa (Art. 1481 del Código Civil); o sea, como dice Laubadère, es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones. Por lo mismo, la sustancia de estos contenidos se aplica, de hecho, tanto a los contratos de la administración como a los contratos celebrados en el terreno del Derecho privado. Esto quiere decir que al contrato se lo califica como contrato civil, comercial, laboral, administrativo, etc., simplemente cuando se le agregan a sus caracteres fundamentales las notas que lo distingue dentro de su género, en cuanto a los sujetos, forma, consentimiento, etc.¹⁰

Si bien es cierto que la autonomía de voluntad es la rectora de la constitución del contrato, creando la autonomía contractual, esto no quiere significar que ella no tenga límites. En efecto, algunas veces puede generar figuras contractuales, y empero en otras circunstancias, se halla obligada a admitir sin más preámbulo todas y cada una de las cláusulas del contrato que, a veces, no se encuadra ni siquiera dentro de un tipo. Así, por ejemplo, en la práctica, ciertos contratos, tales como: los de arrendamiento, de trabajo, de transporte, de seguro, etc., hoy en día, tienden a coartar cada vez más la voluntad del particular.¹¹

¹⁰ SAYAGUÉS LASSO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Pág. 128

¹¹ DROMI, José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Pág. 36

En conclusión, la institución jurídica del contrato, considerado como contrato género, no es una figura jurídica exclusiva del Derecho privado, pues, se aparta frecuentemente del estricto ámbito del Código Civil, y da paso hacia otros campos para extenderse también a la esfera del Derecho público.

De esta manera nace, consiguientemente, el contrato de Derecho Administrativo con sus elementos comunes y peculiares al contrato de Derecho privado; pero, con sus elementos diferentes que se desprenden de su contenido, de su fin, de los intereses que afectan a las partes y, en suma, de su régimen jurídico propio.

Como afirma algunos tratadistas de contratación pública la unidad antológica del Derecho impone la universalidad de determinados principios e institutos jurídicos. El hecho de que hayan tenido vigencia primero en el Derecho privado, antes que el Derecho Público, o se hayan arraigado más en el Derecho privado, o se les haya analizado originariamente a través del prisma particular de este, no les quita su posible universalidad jurídica.¹²

Repetimos, si en el plano del Derecho general, el contrato es el género, sus diferentes especies se encuentran tanto en el Derecho privado como en el Derecho público.

Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales.

¹² AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 161

Como ya lo señalamos, los contratos de la Administración se rigen predominantemente por el derecho público, pero los hay también regidos en parte por el derecho privado. Así, están más próximos al derecho civil (más lejanos del derecho administrativo), los contratos de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo hipotecario, transporte, contratos aleatorios. Por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empleo o función pública, empréstito, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro.

1.3.- CONCEPTO

De acuerdo a lo que establece el Código Civil en el Art. 1481: "El contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no alguna cosa, cada parte puede ser una o muchas personas". Por otro lado Guillermo Cabanelas sostiene que se puede considerar como un acuerdo jurídico, esto quiere decir que para poder hablar de un contrato primero deben existir las dos partes que comprometen sus voluntades.

Al referirnos al tema de los Contratos de la Administración Pública algunas son las definiciones que encontramos entre las cuales podríamos citar, por ejemplo:

Por contratos administrativos se entienden los realizados por la administración, para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí.

Es decir, que la especialidad de los contratos debe señalarse en la reglamentación administrativa, y en cuanto esta reglamentación fije

las peculiaridades de ellas y las condiciones y procedimientos de esta naturaleza a. que deben someterse.

El contrato de la administración es un acto de declaración de voluntad común productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función Administrativa y un particular u otro ente estatal.¹³

Con las definiciones anteriores decimos que el contrato administrativo es aquel que es producido por entidades del sector público con los particulares sean estos personas naturales o jurídicas, con la finalidad de satisfacer necesidades que derivan de la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Con lo expuesto podríamos definir "Que el contrato Administrativo es una declaración de voluntad común, acto bilateral propio de la manifestación de voluntad conciente de las partes, que produce efectos jurídicos entre un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un ente particular sea este persona natural o jurídica o privada.

Análisis de la definición.

Veamos analíticamente la definición propuesta:

Es una declaración de voluntad común. En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra.

¹³ SAYAGUÉS LASSO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Pág. 135

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral.

Productora de efectos jurídicos. El contrato de la Administración, determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales).

Entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa. Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos. Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración Central o a entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal.

Y un particular u otro ente público. El contratista puede ser un particular (persona física o jurídica) u otro ente público (estatal o no estatal). En este segundo caso estaríamos ante un contrato inter-administrativo, es decir entre dos entidades del sector público las mismas que se encuentran detalladas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República

1.4.- CARACTERES Y REGIMEN JURIDICO

El contrato administrativo o contrato de la Administración tiene elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio, el mismo que se encuentra determinado en la Ley de Contratación Pública.¹⁴

La caracterización del contrato de la Administración resulta:

- Del objeto del contrato, es decir, que la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios públicos cuya realización y prestación constituye precisamente los fines de la Administración
- Da la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y
- De las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.

Conceptualmente entendemos que el contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos entes de derecho, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

1.5.- FORMALISMO

Si en el plano del Derecho privado, los contratos se perfeccionan sólo por el simple consentimiento, cualquiera que sea la forma en que

¹⁴ DROMI, José Roberto. Instituciones del Derecho Administrativo. Pág. 54

se hubiese celebrado, en cambio, en los contratos de la administración, no sucede lo propio porque su carácter formalista condiciona su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley referente a la forma y procedimiento de ellos.¹⁵

En efecto, son principios comunes a los diferentes sistemas de contratación los siguientes: los de sus actos preparatorios, tales como: adjudicación, prestación de fianzas, etc.; luego, la publicidad de la licitación y el secreto de proposición.

En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

Estas formalidades discurren a través de una serie de actos preparatorios del contrato. En tal sentido la Corte Suprema ha señalado que: "en materia de contratos públicos la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, determinado en la Constitución Política de la República de cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal"

¹⁵ AGUIRRE TORRES, Marco. Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 176

1.6.- DESIGUALDAD JURIDICA.

Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.¹⁶

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.
- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).

¹⁶ DROMI, José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Pág. 67

- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual). Como lo determina el Art. 102-104 de la Ley de Contratación Pública

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

Reiteramos que, como en estos contratos es el interés público el que prevalece frente a los intereses de los particulares, tanto el principio de la autonomía de la voluntad, así como de la igualdad jurídica de las partes se subordinan a la administración; por lo que, esta aparece investida de una condición de superioridad y privilegio que son una consecuencia de la llamada cláusula exorbitante del Derecho común, y que se aplican a la interpretación, modificación y resolución del contrato.

Las cláusulas exorbitantes, son aquellas que están fuera de la órbita normal del Derecho privado, ya sea porque no son usuales convenirlas, o bien, porque son injurídicas al espíritu de las normas civiles. No son usuales en el Derecho privado, empero sí le facultan a la administración pública a realizar ciertos actos de control excepcional en el contrato, tales como: de modificar unilateralmente las cláusulas del contrato; de declarar por sí y ante sí rescindido o extinguido el contrato; de dar instrucciones a la contraparte; de imponer sanciones

contractuales; de quedar exenta de responsabilidad por mora en los pagos; de modificar unilateralmente el contrato, etc.¹⁷

¹⁷ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Pág. 99

CAPITULO II

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1.- OBJETO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Contratación Pública o contratación administrativa, como se denomina en otras legislaciones, tiene como objeto la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, que serán materia de la obligación que se generara entre las instituciones y organismos establecidos en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, con los particulares sean estos públicos o privados, teniendo su objeto que ser, real, posible, lícito y determinado o susceptible de determinación, por lo general la contratación publica tiene dos fases, una precontractual y otra contractual, en esta última se da inicio a la consumación de la adquisición de bienes (a través del Acta de entrega recepción), ejecución de obra (inicio material de los trabajos, pago de anticipo) y prestación del servicio (notificación de inicio), con la finalidad de producir los efectos que de la contratación se deriven.

Cabe indicar que en la Constitución Política de la República en el Título V "De las Instituciones del Estado y la Función Pública" en el Capítulo I De las Instituciones del Estado, en el Art. 118 se tipifica con claridad quienes son parte de estas Instituciones y así se describe:

Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativas, Ejecutiva y Judicial.

2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos; Estos organismos y entidades integran el sector público.

El objeto de la contratación pública no debe ser visto como la finalidad en sí, puesto que existe mucha diferencia la una constituye en la materia de obligación y la otra la satisfacción que de cualquier naturaleza que esta sea.

Algunos tratadistas dividen a la contratación administrativa o pública en dos grandes grupos, la llamada de contratos "típicos" y la de los "especiales".

Los típicos constituyen los ya referidos: ejecución de obra, prestación de servicios y adquisición de bienes, que no estén regulados por la Ley de Consultoría, diferenciando de esta manera de todos los contratos administrativos y encasillándoles simplemente en la contratación pública, tal como lo define el mismo Art. 1 de la Ley de Contratación Pública.

Mientras que los contratos especiales tienen un objeto distinto de los típicos que poseen una naturaleza jurídico administrativa única, entre estos tenemos a la adquisición de bienes inmuebles, los contratos de arrendamiento, los contratos financiados por préstamos concedido por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro y los determinados por leyes especiales, es decir que no se encuentran establecidos en la ley materia de este estudio. Los mismos que sin encontrarse dentro de la generalidad también forman parte del objeto de la contratación pública, y de derecho se encuentran determinados en nuestra ley de Contratación Pública.

Con respecto al tema de desarrollo es necesario indicar que el objeto de la contratación no varía, lo que varía es el procedimiento a llevarse a cabo, que está íntimamente determinado por el monto referencial al que llega la adquisición de bienes muebles, ejecución de obra o prestación de servicios, pues como es conocido por todos existe la licitación y el concurso público de ofertas determinados en el Art. 4 de la Ley de Contratación Pública.

2.2.- FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las instituciones públicas para poder cumplir con sus deberes y obligaciones dentro de la funcionalidad del Estado requiere contratar la ejecución de obras, adquirir bienes y solicitar servicios que por su naturaleza no puede ser ejecutados por la administración, estas necesidades implican el cumplimiento de la normativa legal establecida para el efecto, enlazando el principio de legalidad y cumpliendo con la normativa legal tipificada para el efecto.¹⁸

¹⁸ AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 187

A diferencia del objeto de la contratación que esta determinado por el tipo de requerimiento, la finalidad de la contratación pública es el satisfacer las necesidades generadas por los organismos o instituciones de la administración pública que se encuentran determinados en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, salvo aquellos que por leyes especiales no deben ajustarse a la Ley de Contratación Pública, como por ejemplo. Petroecuador, Telecomunicaciones y otras instituciones para las cuales se haya creado una ley especial para el efecto, como lo determina el Art. 2 de la Ley de Contratación Pública.

Entonces es claro que la finalidad de la contratación pública es satisfacer en forma directa e inmediata una necesidad pública de la específica competencia de la administración y sus instituciones

2.3.- PRINCIPIOS JURÍDICOS

Dentro de los principios jurídicos de contratación pública tenemos:

- Libre concurrencia;
- Igualdad entre los ofertantes;
- Publicidad;
- Transparencia;
- Legalidad; y,
- Equidad y Eficiencia

2.3.1.- LIBRE CONCURRENCIA.

En virtud de este principio llamado de diversas maneras por la doctrina: concurrencia Merienhoff, competencia Jèze, competitividad

Gordillo. No discriminación Dromi, etc., el procedimiento licitatorio debe posibilitar la más amplia participación de oferentes en una contratación: lo que permitirá a la Administración obtener el precio y las condiciones más convenientes a la misma.¹⁹

El ideal señala Marienhoff.- consiste en que a una licitación se presente el mayor número de licitadores u oferentes. La base ético-jurídica de la licitación pública radica en que haga oferta todo aquel que hallándose en condiciones legales, desee presentarse formulando su proposición

Así las cosas, el Reglamento de Contrataciones del Estado exige que los pliegos favorezcan la concurrencia de la mayor cantidad posible de postores.

Ahora bien, es en virtud de este principio que la Administración no debe imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a la contratación. Sin embargo, el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes que hace que la normativa jurídica pueda imponer limitaciones a este principio: ya sea referidas a la capacidad genérica de los ofertantes (exigencia de honorabilidad comercial y profesional, exclusión de oferentes jurídicamente incapaces, etc.) o a determinados recaudos de capacidad técnica v de solvencia económico-financiera

Tampoco vulneraría este principio el hecho de que una sola persona se presentara a hacer oferta, ya que dice Marienhoff: todo aquel que lo hubiese deseado podría haberlo hecho. Del mismo modo, la falta de oferta admisible o la falta de proponentes a una licitación que

¹⁹AGUIRRE TORRES, Marco. Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 196

obligaran a recurrir a otro procedimiento de contratación (licitación privada o contratación directa) tampoco afectarían el principio en sí: ya que el interés general, que primigeniamente pretendió tutelarse con la licitación fracasada, no se vería afectado.²⁰

En la actualidad, los pliegos, la doctrina y las prácticas licitatorias, en nuestro país y en el mundo, privilegian este principio como el verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción. No obstante, estimamos que si bien este principio adquiere en la actualidad una dimensión de peso, debe conjugarse armónicamente con los principios de igualdad y formalismo moderado.

Cabe indicar que la normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes. Dichas limitaciones o restricciones son por ejemplo la exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; la exigencia de honorabilidad profesional y comercial del proponente, se excluyen los fallidos no rehabilitados, o los anteriores adjudicatarios que no ejecutaron correctamente el contrato o si éste se rescindió por su culpa (contratistas incumplidos), y la exigencia de honorabilidad civil, al preverse en los pliegos de condiciones o reglamentos de contrataciones, la exclusión de oferentes condenados penalmente o de funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes, generando conflicto de intereses. Pero además de esta capacidad genérica, la Administración puede exigir en los pliegos de bases y condiciones, determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico financiera, que aseguren un contratista idóneo.²¹

²⁰ AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 199

²¹ DROMI, José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Pág. 90

2.3.2.- IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES.

Del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad. Así las cosas, los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros. Para Marienhoff la igualdad exige que: "desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas". Asimismo, la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que es requisito fundamental de toda licitación colocar a los proponentes en un pie de perfecta igualdad.

Sin embargo, coincidimos con la opinión de Gordillo en que el concepto clásico de igualdad, tal como lo enfatizó la doctrina y la jurisprudencia, hoy está en crisis o dicho de otro punto de vista fue sobrevalorado en exceso en el pasado. En efecto, la conceptualización tradicional de la igualdad muchas veces se oponía al principio de concurrencia o competitividad, hoy principio medular de la licitación pública. Por ello se ha comenzado a sostener que el principio de igualdad debe aplicarse para evitar cláusulas que restrinjan el carácter competitivo del procedimiento, lo cual es tanto como decir que lo principal no es la igualdad en abstracto, sino asegurar tal carácter competitivo. De esta forma, la igualdad entre los oferentes importa que la Administración no pueda adjudicar el contrato a una empresa en condiciones sustancialmente distintas de aquellas a las que llamó a

licitación.²²

Ahora bien, la igualdad abarca todas las etapas del procedimiento licitatorio, desde el comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato y aun durante el desarrollo de la relación contractual. Así las cosas, ella se traduce de distintas formas en las distintas fases del procedimiento licitatorio. Durante el procedimiento, este principio tiene plena vigencia en el procedimiento de elaboración de los pliegos y en las eventuales aclaraciones o modificaciones que pudiera sufrir, conjugándose perfectamente con el criterio restrictivo de interpretación de los pliegos. Asimismo, respecto de las ofertas, si tenemos en cuenta que la finalidad es conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles para que la concurrencia sea efectiva, rechazar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario a los fines de la licitación. No obstante, la presentación tardía de ofertas y la alteración o modificación luego de su presentación es inadmisibles en función de esta garantía y el correcto tratamiento debido entre los propios oferentes.

En la adjudicación el principio de igualdad debe jugar en el objeto mismo de la propuesta (precio, cantidad, calidad, condiciones, proyecto), impidiendo a la autoridad licitante incurrir en decisiones que ocasionen discriminaciones o privilegios contractuales significativos (no cuestiones de detalle o meramente formales) en favor de algún o algunos oferentes y en detrimento de otros. Asimismo, en resguardo de este principio, se considera un comportamiento irregular incluir en el contrato que se celebra con el adjudicatario cláusulas no previstas en el pliego que le otorguen beneficios. Finalmente, en la ejecución la igualdad supone que no se confieran ventajas, modificaciones, tratamientos especiales que de haberse dado a los otros oferentes hubieran significado que éstos cotizaran más bajo.

²² AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 203

En virtud de lo expuesto, no constituyen una alteración o violación del principio de igualdad aquellas preferencias impersonales que fueran generales, establecidas por ley y que obedecieran a motivos razonables.

Más aún, algunas modificaciones contractuales tampoco serían violatorias de este principio en la medida en que propendieran a una mejor satisfacción del interés público y no importaran una ventaja a favor de alguno o algunos de los oferentes que trascendiera al plano de la ecuación económico-financiera del contrato, en detrimento de otros.

En definitiva, hoy por hoy, la igualdad debe regir en la sustancia del objeto de la propuesta y ceder, si fuere necesario en pos de conseguir la mejor oferta para el Estado, ante los principios de formalismo moderado y concurrencia.

Con todo lo indicado podríamos definir a este principio como el trato igualitario que se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes entre ellos:

1. Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes.
2. Respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes.
3. Cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista.

4. Inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones.
5. Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres.
6. Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación.
7. Conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura.
8. Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta.
9. Invitación a participar en la licitación que se promoviera ante el fracaso de otra anterior.

Los pliegos de condiciones, en suma, deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo cual no excluye que se establezcan otras preferencias en favor de determinadas categorías de oferentes. Son nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la ley. Tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales. Es, así mismo, nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa, como es el caso del "empate de ofertas".

Consecuentemente, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las

bases del pliego de condiciones que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ella realizar alguna modificación de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación. Si se lo hace, es ilegal y viola el principio de igualdad. Además, toda ventaja concedida por la institución contratante a favor del oferente, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, lesiona o infringe también el principio de igualdad.

En cambio, no resultaría afectado en modo alguno el principio de igualdad, si después de concluido el contrato se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos posteriores. Con ello en nada se perjudican los demás proponentes, pues si alguno de ellos hubiese ganado la licitación también habría tenido que recurrir a la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, como todo principio, el de igualdad en la licitación no posee un carácter absoluto, pudiendo admitir excepciones por motivos racionales

2.3.3.- PUBLICIDAD

El principio de publicidad tiene por objeto garantizar la transparencia de la actividad administrativa pública, de manera de posibilitar a todos el pleno conocimiento de los actos emanados de la misma, conocimiento que hace si hay discrepancias con la providencia adoptada que los órganos competentes actúen para su apreciación y convalidación o anulación según el caso

La publicidad y transparencia permiten la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial, y nada de ello puede hacerse eficazmente si en primer lugar no se conoce lo que la

Administración se apresta a contratar.

Este principio señala Pérez Hualde debe enfocarse desde un doble punto de vista, a saber: a) como hecho de la publicación del acto del llamado a licitación que debe ser sumamente amplio y b) como la posibilidad de acceso al conocimiento del procedimiento licitatorio por parte de todo interesado, salvo excepciones debidamente justificadas que no son fáciles de encontrar en la licitación pública.²³

La publicidad constituye así la garantía de que todo se hará correctamente. Los posibles licitadores u oferentes deben adquirir debido conocimiento del llamado a licitación y de los actos y hechos del procedimiento licitatorio, los que deben ser abiertos al público en general y a los licitadores en particular. "Una licitación pública realizada a hurtadillas sería un absurdo jurídico, un contrasentido: de ahí la fundamental importancia del adecuado cumplimiento del requisito de la publicidad".

2.3.4.- TRANSPARENCIA

Como resultado de un debido respeto y efectiva aplicación de los principios de contradicción, igualdad, publicidad y demás principios generales del procedimiento aplicables a la licitación pública (legalidad, defensa, informalismo, oficialidad, eficacia, etc.), surge, naturalmente, el principio de transparencia como principio rector del actuar administrativo en el procedimiento licitatorio. Bien expresa Cassagne que "...en este marco de principios, los procedimientos de licitación pública o similares permiten lograr una mayor transparencia en las decisiones de las autoridades administrativas al haber más de un

²³ AGUIRRE TORRES, Marco, Manual de Práctica de Derecho Administrativo, Pág. 214

interesado en que la Administración observe la legalidad y adjudique a la oferta más conveniente o ventajosa, ya fuere por razones económicas o de otra índole (mejor tecnología)...".

Si bien ningún procedimiento para la selección de contratistas asegura necesariamente la honestidad en la contratación, creemos evidente que la licitación pública impide la deshonestidad de las partes contratantes en mayor medida que cualquier otro procedimiento de selección. Compartimos con Dromi que "...la licitación pública es un procedimiento que hace viable la diafanidad del obrar público...".

Por otro lado, debe tratarse el tema de la "corrupción" dice Gordillo "...en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo indispensables en una sociedad democrática, no en el limitado y presuntamente técnico de los principios de la licitación pública. Querer atacar la corrupción mediante principios como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es doblemente ineficaz, son probablemente no aptos por sí solos para lograr ese objetivo y, además, para mayor agravamiento de la solución adoptada, resultan ineficaces para seleccionar al mejor contratante estatal...". Por ello coincidimos con Chase Plate en que uno de los propósitos de cualquier ley de contratos debe ser "...la transparencia de la contratación...", transparencia que se logra mediante una adecuada publicidad de la licitación y la adjudicación, y la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación. Si no se simplifica el procedimiento, señala el destacado publicista, la actuación administrativa se volverá confusa y se prestará a la perpetración de maniobras que aunque formalmente no serían delitos, constituirán actos inmorales que ensucian a la Administración y perjudican a los postulantes.

En definitiva, son las grandes instituciones de transparencia, simplicidad y control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción: publicidad de los actos de gobierno, plena y leal información al público, acceso público a los archivos gubernamentales y obtención de fotocopia de toda información existente, adecuada motivación y explicación de los actos y reglamentos administrativos, inexistencia de normas o procedimientos secretos o reservados, participación del ciudadano en la gestión de los asuntos públicos, control de legitimidad y oportunidad, publicidad y concurrencia en la selección del contratante estatal, etc.

Con este antecedente determinamos que el principio de transparencia, como principio rector de la contratación pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

2.3.5.- LEGALIDAD

En todo procedimiento para asegurar su validez y transparencia, se debe cumplir con las disposiciones legales, dispositivas y reglamentarias que impidan su vicio de nulidad dentro del procedimiento seguido para conseguir la finalidad de la contratación pública. Este principio consagrado en nuestra Constitución, obliga a que las instituciones pertenecientes al estado o que estén reguladas y controladas por el mismo deban cumplir con todas y cada una de las atribuciones determinadas en la constitución y las leyes, con la finalidad de dar efectividad a su acciones teniendo como denominador común el beneficio social.

Por esa razón este principio es indispensable dentro de los procesos de contratación pública puesto que no se pueden tener actuaciones que estén fuera de la ley o norma jurídica que lo regula.

2.3.6.- EQUIDAD Y EFICIENCIA.

La equidad, como moderación en el precio de las cosas que se compran, o en las condiciones que se estipulan para los contratos, y la eficiencia, en tanto virtud y facultad para seleccionar el mejor contratista posible, y asegurar así el bien común, este es un nuevo principio rector que se suma a los ya mencionados del procedimiento de contratación.

2.4.- REQUISITOS, ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.4.1.- REQUISITOS:

Para que un proceso de contratación pública sea válido, legítimo, y cause estado es necesario que existan los siguientes requisitos:

1. Pliegos o Estudios
2. Partida Presupuestaria
3. Documentos pre- contractuales

2.4.1.1.- PLIEGOS O ESTUDIOS

No es otra cosa que la especificación del requerimiento o necesidad generada dentro de la administración pública, en esta se encuentra en la determinación del bien, servicio u obra que la institución pública necesita, con todas sus características, especificaciones, estudios y diseños y los demás documentos considerados necesarios

tal cual lo define el Art. 14 de la Ley de Contratación Pública que indica: Como requisito previo para iniciar cualquier procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con los estudios, diseños, incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, recibidos, previa fiscalización por la entidad correspondiente, y aprobados por ella, con la programación total, los presupuestos y demás documentos que se consideren necesarios, según la naturaleza del proyecto.

2.4.1.2.- PARTIDA PRESUPUESTARIA

Este requisito es fundamental dentro de toda contratación, puesto que es el que establece la posibilidad de realizar un egreso por parte del Estado para poder satisfacer sus necesidades, la partida presupuestaria es la denominación que se da al lugar donde existen los fondos en cada institución, es decir es de esta se retirarán los montos o egresos establecidos para la cancelación de un servicio, adquisición u obras, esta se compromete desde que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido decida adquirir bienes, servicios o resuelva la realización de una obra. La obtención de la partida presupuestaria es el paso inicial para todo proceso de contratación conforme lo determina el Art. 15 de la Ley de Contratación Pública en el indica El ministerio o la entidad respectiva, previamente a la convocatoria, deberá contar con el certificado del Ministerio de Economía y Finanzas o del Director Financiero, Tesorero o Pagador, según corresponda, que acredite que existe o existirán recursos suficientes y disponibilidad de fondos, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. En la certificación se hará constar el número de la partida y los recursos disponibles a la fecha de suscripción del documento.

Para la convocatoria a licitación o concursos con financiamiento de instituciones u organismos de crédito externo o interno se requerirá del informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la existencia de dicho financiamiento, así como de su disponibilidad, cuando fuere del caso.

Previa la autorización del Subsecretario de Crédito Público, podrá adelantarse en la elaboración y aprobación de los documentos precontractuales previstos por esta Ley o por los respectivos convenios de financiamiento internacional o interno.

Para la convocatoria a licitación o concursos, de adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras, que requieran financiarse total o parcialmente con crédito externo se deberá obtener previamente el pronunciamiento de la Subsecretaría de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas en el que se fijarán las condiciones generales del financiamiento. En la certificación se hará contar el número de partida y los recursos disponibles a la fecha de suscripción del documento, a más de lo indicado este artículo tiene delación con los Artículos .31 de la Ley de Presupuesto, con el art.33 inciso segundo del cuerpo legal en mención.

2.4.1.3.- DOCUMENTOS PRE-CONTRACTUALES.

Documentos pre-contractuales considero que comprende todo acto, reglamento o acto de simple administración que se dicta durante el proceso de formación de la voluntad administrativa, la Ley de Contratación Pública especifica claramente cuales son los documentos precontractuales y así lo determina el Art. 16.- Documentos Precontractuales.- que manifiesta "La máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y

presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a prestarse resolverá iniciar el trámite que corresponda, para lo cual deberá disponer de los siguientes documentos precontractuales:

- a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago; la indicación del lugar en que deben retirarse los documentos precontractuales y entregarse las propuestas y derechos de inscripción, el día y hora hasta los cuales se recibirán las ofertas y el señalamiento de la fecha de la apertura del sobre único, que se realizará hasta una hora más tarde de la fecha de cierre de presentación de las propuestas;
- b) Modelo de carta de presentación y compromiso: contendrá la obligación del oferente de someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario;
- c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda, identificación y firma de responsabilidad del oferente;
- d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación; indicaciones para la elaboración y presentación de la propuesta; causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento; trámite de aclaraciones, garantía de seriedad de la oferta; proceso a cumplirse hasta la adjudicación; notificación de la misma; plazo de validez de la oferta; impuestos y contribuciones; forma de celebrar el contrato; sanciones por su no celebración; y, garantías que se

exijan para el contrato;

- e) Proyecto de contrato: contendrá, a más de las cláusulas que le sean propias, las estipulaciones relativas a la terminación o resolución, recepciones, obligaciones, garantías, y las demás que sean del caso, según la naturaleza de la contratación; además cláusulas que establezcan las responsabilidades de los funcionarios que no cumplan oportunamente con las obligaciones de pago previstas contractualmente, contando con los recursos económicos suficientes; y de solución de conflictos;
- f) Especificaciones generales y técnicas: comprenderá el detalle de los requerimientos mínimos y rangos de variación, según sea el caso, sin incluir características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados;
- g) Planos: serán los que contengan el diseño definitivo y precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas. En el caso de obras públicas que se destinen a actividades que supongan el acceso de público, en el diseño definitivo deberá contemplarse la existencia de accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad;
- h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo;
- i) Plazo estimado de ejecución del contrato;
- j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,

- k) Principios y criterios para la valorización de ofertas que deberán considerar necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieren y en ningún caso los documentos precontractuales contendrán condiciones que limiten la posibilidad de participación.

2.4.2.- ELEMENTOS

Antes de precisar los elementos de los contratos de la Administración, es importante que previamente determinemos esta materia según el Código Civil, de acuerdo a lo que establece el Art. 1488 de este Código, Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Primero.- Que sea legalmente capaz;

Segundo.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Tercero.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Cuarto.- Que tenga una causa lícita.

Pues bien, no compartimos aquel criterio ni la doctrina que asimilan subsidiariamente a los contratos de la administración lo que se establece en este artículo.

En consecuencia, diremos que, en general, los mismos elementos que encontramos en los actos administrativos son también aplicables a los contratos de la administración. Esto es, que tales

elementos son:

- Sujetos (competencia y capacidad)
- Voluntad
- Objeto
- Forma.

Estos son los elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

Las diferencias que existen responden principalmente a la naturaleza bilateral de los contratos. Pero como jurídicamente los actos preparatorios del contrato (actos, simples actos, hechos y reglamentos) son separables, cabe aplicarles las normas propias contenidas en las respectivas leyes de su procedimiento.

2.4.2.1.- SUJETOS:

Siendo que el contrato de la administración es un acto jurídico bilateral, pues, necesariamente en la contratación administrativa una de las partes es la administración pública, representada por un órgano estatal, (órgano Legislativo, Ejecutivo o Judicial) que actúa en función administrativa.

Son sujetos de los contratos públicos: de un lado, la administración en cualquiera de sus grados o clases (personas jurídicas públicas); y, de otro, los particulares individual o colectivamente considerados (personas físicas o naturales o personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, siempre que se sujeten a las disposiciones que regulan las contrataciones del Estado) o también la misma

administración.

De esta manera pueden ser sujetos de los contratos de la administración: el Estado, los Consejos Provinciales, las Municipalidades, las entidades autónomas, las empresas del Estado

Las partes del contrato. Los sujetos de los contratos públicos son la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases y los particulares, individual o colectivamente, o también la Administración. En síntesis, pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas naturales, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales y autónomas.

- a) La Administración. Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas públicas, es decir: Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas parroquiales, y también las personas privadas de economía mixta, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal en definitiva todas las instituciones determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.
- b) Los contratistas. Pueden ser contratistas de la Administración Pública. Las personas privadas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales.

En el contrato de empleo público será siempre una persona natural; en el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc., generalmente se tratará de una persona jurídica, aunque nada obsta para que sea una persona natural.

2.4.2.2.- VOLUNTAD, CONSENTIMIENTO.

Este segundo elemento se refiere a las dos voluntades decisivas y válidas que necesariamente deben intervenir en los contratos de la administración. Por lo que, esta voluntad de las partes debe estar manifestada claramente bajo las siguientes formas: el consentimiento, la formación del contrato y el perfeccionamiento del mismo.

1. El consentimiento, como una manifestación de la voluntad común de las partes, presupone: la capacidad de la contraparte de la administración y la competencia del órgano estatal.

En cuanto a la capacidad de la contraparte de la administración, diremos que podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se encuentren en pleno goce de su capacidad legal, esto es, que puedan obligarse por sí mismas, y sin el ministerio o la autorización de otra.

En la doctrina general del Derecho Administrativo, están incapacitados para ser contratantes estas personas: Los condenados por sentencias o pena de privación de libertad o inhabilitación para cargos públicos, salvo que hubiesen sido rehabilitados; los deudores del Estado; los insolventes; los menores; los dementes y sordomudos.

De la misma manera, se encuentran en incompatibilidad para ser contratistas: los funcionarios públicos y sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, inclusive.

En lo que se refiere a la competencia para contratar del órgano estatal en pleno ejercicio de la función Administrativa, diremos que tal competencia se extiende principalmente a las siguientes facultades: de aprobar y modificar los pliegos de condiciones; de suspender la licitación; de adjudicar; de acordar la resolución, rescisión o renuncia contractual.

Las normas relativas al error, fuerza y dolo en la voluntad, de los actos administrativos, rigen también respecto a los vínculos contractuales de la administración pública.

2. En la formación del contrato se necesita también la voluntad recíproca de los contratantes que se manifieste sin discusión, o sea, por adhesión del administrado que se limite simplemente a aceptar las cláusulas contractuales prefijadas por el Estado.

El silencio de la administración, en ningún momento es un indicador de manifestación de voluntad, salvo disposición legal en contrario.

3. El perfeccionamiento del contrato de la administración depende del Derecho positivo de cada país y, a falta de este, de la observancia de la doctrina del Derecho Administrativo.

Así, por ejemplo, Marienhoff nos indica ciertas formas de perfeccionamiento, cuales son: la manifestación recíproca de la voluntad de los contratantes, la notificación comprobada de la

aceptación por parte de la administración; la formalización escrita del acuerdo de voluntades suscrito por las partes; y, la autorización del contrato por otro órgano

Además, se necesita también aprobación o autorización, en estas circunstancias: para adquirir o enajenar bienes raíces; cuando el contrato exceda de cierto monto; cuando se requiera la aprobación de otro órgano administrativo jerárquicamente superior; cuando se requiera la autorización legislativa en el caso de inversión de fondos o en materia de empréstitos que sólo el Congreso podría decidir, etc.

Con lo manifestado podemos definir que para que haya contrato se requieren dos voluntades válidas y opuestas que concurren a su formación. Una de ellas es la de la Administración y la otra la del contratista. Es decir que se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por otro, la capacidad del contratista. Competencia y capacidad atañen a los sujetos contratantes y son presupuestos de validez del contrato. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, hace a la existencia del contrato; como recaudo existencial del acto, importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes.

El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común para negociar. El contrato es negocio bilateral.

Es la resultante de negociar unitariamente con la finalidad de tener manifestaciones provenientes de dos o más partes.

Puede que el consentimiento o lazo jurídico vinculativo resulte de la libre discusión entre la Administración y el contratista, pero las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, hacen que la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos.

En tales supuestos, la fusión de voluntades se opera sin discusión, por adhesión del administrado (contratante adherente), quien se limita a "aceptar" las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado (predisponente). La falta de discusión de las cláusulas del contrato no impide que éste exista, aunque en él prevalezcan cláusulas reglamentarias (por ejemplo, pliego de condiciones). Estas cláusulas de adhesión se destacan por ser:

1. Pre-redactadas, conformando un verdadero contrato;
2. Cláusulas para contratos en general, es decir, de convenciones propuestas a cualquier destinatario.
 - a) Voluntad contractual tácita.

En relación al consentimiento en los actos jurídicos, éste puede ser expreso o tácito; sin embargo, en el caso de los contratos administrativos el consentimiento de la Administración debe ser expreso; no es factible, en principio, el consentimiento tácito, que es admisible en los contratos privados.

El silencio administrativo sólo vale como conducta positiva o asentimiento por parte de la Administración, consentimiento tácito,

cuando el orden jurídico expresamente lo prevé. La voluntad de la Administración puede manifestarse tácitamente cuando así ha sido pactado por las partes en el contrato y éste se halle en vías de ejecución, o por la omisión de los actos que debiera emitir si su voluntad fuera contraria a lo actuado por el contratista.

- b) Aprobación o autorización administrativa o legislativa del contrato Control. En ciertas circunstancias la manifestación de la voluntad contractual de la Administración requiere una ley autorizante que concurra a la formación jurídica de la voluntad. A través de dicha ley el Congreso presta su asentimiento o da su consentimiento para que la Administración celebre el contrato, ya sea autorizándolo a priori o aprobándolo a posteriori.

La Administración puede necesitar la autorización legislativa para celebrar determinado contrato o requerir la inversión de fondos que sólo el Congreso puede acordar. En el primer caso la ley simplemente levanta el obstáculo jurídico que impide actuar a la Administración, habilitándola para celebrar el contrato. En el segundo caso, otorga los recursos para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato (crédito presupuestario o autorización de gastar con determinado objeto, hasta la concurrencia de cierta suma, durante determinado tiempo).

La aprobación legislativa supone la participación directa del órgano legislativo en la celebración del contrato, esto es, cuando el contrato debe ser aprobado por ley; pero el contrato es siempre un acto distinto de la ley misma.

Cuando se requiere la aprobación de otro órgano administrativo para la perfección del contrato, la intervención del órgano superior es a

fin de completar e integrar la voluntad administrativa. La aprobación es, por tanto, una etapa en el proceso de formación de la voluntad administrativa y el contrato no estará perfeccionado sino con ella.

2.4.2.3.- OBJETO.

El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes.

Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una ejecución de obra, prestación de servicio, adquisición de bienes o cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Cláusula abierta ésta, que convierte al objeto de la contratación administrativa en prácticamente ilimitado.

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público.

En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público, el objeto del contrato.

El contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinable o determinado y lícito, como lo determina nuestro Código Civil. El contrato que contenga un objeto ilícito es nulo; por ejemplo, la

constitución de un usufructo sobre bienes del dominio público sin ley que autorice a hacerla; el llamado a un proceso de contratación para construir una plaza de toros, estando prohibidas las corridas; o un refidero, estando prohibidas las riñas; o cláusulas por las que se renuncia contractualmente a los llamados "poderes de policía".

El contrato ilícito por razón del objeto comprende tres especies diferentes: el contrato ilegal, o contrario a normas imperativas; el contrato prohibido, o contrario al orden público, y el contrato inmoral, o contrario a las buenas costumbres.

La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva. Es independiente del móvil que induce a contratar al contratista y del móvil que pueda determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario, que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración Pública. Mientras que estas dos últimas son esencialmente subjetivas, corresponden al yo, al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación, la causa del contrato administrativo es siempre objetiva, está antológicamente comprendida en el objeto y en la voluntad.

En nuestro derecho positivo nacional, no se ha incorporado la causa, la motivación y la finalidad como elementos esenciales del acto administrativo, y de suyo del contrato administrativo, que están comprendidas en el objeto y en la voluntad contractual de la Administración. No hacemos distinciones metodológicas entre causa, Motivación y finalidad, porque no creemos en la autonomía de uno y otro término. La causa o motivación y la finalidad son siempre la satisfacción de un fin público, del interés público, cualquiera que sea la especificidad de éste.

La Administración debe cuidar de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar. Cuando la ley exige, como en nuestro caso, esa motivación, su omisión provoca la nulidad del acto o contrato que realice o ejecute.

2.4.2.4.- FORMA.

Consiste esta en el formalismo que exige el acto contractual de administración a través de su comprobación por escrito.

Conviene que distingamos entre lo que son formalidades y forma de este contrato. Las formalidades, consisten en los requisitos que deben observarse en la celebración del contrato, los mismos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al nexo de la voluntad de las dos partes.

Tenemos que distinguir entre formalidades y forma. Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato.

Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades.

La forma es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

En virtud del principio de libertad formal, nada impide, a falta de texto expreso que se exija una forma determinada, que los interesados

usen la forma que juzguen más conveniente. Generalmente se requiere la forma escrita, aunque en nuestro derecho no existe reglamentación sobre el particular. Tampoco hay formas especiales genéricas para la contratación administrativa. La forma escrita puede consistir en una escritura pública o en un instrumento público, por la actuación del funcionario administrativo competente, como lo determina el Art. 61 de la Ley de Contratación Pública. Si la normativa establece que el contrato de la Administración conste por escrito, la forma escrita debe reputarse indispensable y condiciona su validez.

La formalización escrita o la instrumentación del acuerdo de voluntades suscripto por las partes son requeridas, por ejemplo, para el contrato de obra pública.

Las reglas sobre instrumentación del contrato configuran un régimen específico de contenido administrativo. El Código Civil, se aplica supletoriamente.

La no observancia respecto de las formas proscriptas por leyes y reglamentos para instrumentalizar los contratos administrativos, vicia de invalidez a éstos. La verificación o demostración de la relación jurídica depende de que los contratos tengan o no una forma determinada. En ese caso, no se juzgarán probados si no estuvieren formalizados en la forma proscripta.

El perfeccionamiento de los contratos depende del derecho positivo. Podemos señalar las siguientes formas:

- La manifestación recíproca de voluntad de los contratantes;

- La notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación, por parte de la Administración;
- La formalización escrita o instrumentación; y,
- La autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo.

CAPITULO III

3.1.- PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN.

Esta formalidad que se la relaciona con la naturaleza de los contratos de la administración consiste en que, para su otorgamiento, deben cumplirse ciertos procedimientos que tiendan al enlace de las voluntades entre la administración pública y el particular u otro ente público, con miras a la formación de su consentimiento o voluntad.

Los métodos observados para la selección del oferente no son concretos para un solo contrato, sino que pueden ser aplicados indistintamente para todos o para algunos de ellos. Pues como afirma Marienhoff, el principio general es que la administración pública puede elegir libremente la persona con la cual contratará; sólo un texto normativo expreso en sentido contrario deja sin efecto tal principio.

Ahora bien, este proceso de los contratos de la administración se manifiesta, a través de los siguientes pasos de carácter administrativo, técnico y jurídico como son: preparación de la autorización para contratar; determinación del presupuesto estimativo de costo y objeto que deberá contratarse; elección del contratante por un procedimiento especial: licitación, concurso público, contratación directa, etc.

En el Registro Oficial 272 del 22 de febrero del 2002, se publicó la Codificación a la Ley de Contratación Pública, la misma que recoge varias modificaciones introducidas por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, lo cual está publicado en el suplemento del Registro Oficial 34 del 13 de marzo del 2000, que regulan la obligatoriedad de procedimientos para la contratación pública, a través de las disposiciones contenidas en el cuerpo legal en mención.

Esta Ley regula los procedimientos de la etapa precontractual y de contratación, así como contratos administrativos de adquisición de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes propiedad del Estado o de Entidades Públicas, Arrendamiento por el Estado o Entidades Públicas de bienes particulares, Contratos financiados con Préstamos Internacionales, y para llevar a cabo este tipo de contratación es necesario de los procedimientos precontractuales, que son comunes y especiales de acuerdo a lo que determina el Art. 3 Ley de Contratación Pública.

Cabe indicar que en el Capítulo II " De los Procedimientos Precontractuales" el artículo 4 indica lo relacionado con los Procedimientos Comunes; para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obras, la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultaría, se observarán los procedimientos de conformidad con la cuantía que alcancen dichas contrataciones y que gravan presupuesto general de la institución que necesite cubrir sus necesidades, por esta razón la ley prevé los siguientes procesos:

- a) LICITACIÓN, si la cuantía supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- b) CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS, si la cuantía no excede del valor al que se refiere el literal anterior pero supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio.

La adquisición de bienes muebles, la ejecución de obras y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultaría , cuya

cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 previsto en el literal b) por el monto del presupuesto inicial del Estado, no se sujetaran a los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, pero para celebrar los contratos respectivos se observarán las normas reglamentarias pertinentes que para efecto dictara cada uno de los organismos contratantes

3.2.- LOS DOCUMENTOS PRE CONTRACTUALES

3.2.1.- Generalidades.

Según el tratadista Marienhoff, la licitación, concurso público de ofertas, entre otros constituyen: Procedimientos de selección del contratante de la administración pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad técnica y financiera, tiende a establecer que persona, sea esta natural o jurídica es la que ofrece el precio, calidad y oportunidad más conveniente para el Estado, con la única intención de satisfacer las necesidades del sector público que requiriere una adquisición, obra o prestación de un servicio.

El procedimiento precontractual es obligatorio cuando las cuantías alcanzan los montos referenciales establecidos para la Licitación y el Concurso Público de Ofertas, con miras a razones de conveniencia económica y de ética administrativa, facilitando un mejor control en la contratación.

La Ley de Contratación Pública en el Art. 16 establece lo siguiente: "Documentos Precontractuales: La máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a presentarse resolverá iniciar el trámite

que corresponda, para lo cual deberá disponer de los siguientes documentos precontractuales:

- a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago, la indicación del lugar en que deben retirarse los documentos precontractuales y entregarse las propuestas y derechos de inscripción, el día y hora hasta los cuales se recibirán las ofertas y el señalamiento de la fecha de la apertura del sobre único, que se realizará hasta una hora más tarde de la fecha de cierre de presentación de las propuestas;
- b) Modelo de carta de presentación y compromiso: contendrá la obligación del oferente de someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario;
- c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda, identificación y firma de responsabilidad del oferente;
- d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación; indicaciones para la elaboración y presentación de la propuesta; causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento; trámite de aclaraciones, garantía de seriedad de la oferta; proceso a cumplirse hasta la adjudicación; notificación de la misma; plazo de validez de la oferta; impuestos y contribuciones; forma de celebrar el contrato; sanciones por su no celebración; y, garantías que se exijan para el contrato;

- e) Proyecto de contrato: contendrá, a más de las cláusulas que le sean propias, las estipulaciones relativas a la terminación o resolución, recepciones, obligaciones, garantías, y las demás que sean del caso, según la naturaleza de la contratación; además cláusulas que establezcan las responsabilidades de los funcionarios que no cumplan oportunamente con las obligaciones de pago previstas contractualmente, contando con los recursos económicos suficientes; y de solución de conflictos;
- f) Especificaciones generales y técnicas: comprenderá el detalle de los requerimientos mínimos y rangos de variación, según sea el caso, sin incluir características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados;
- g) Planos: serán los que contengan el diseño definitivo y precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas. En el caso de obras públicas que se destinen a actividades que supongan el acceso de público, en el diseño definitivo deberá contemplarse la existencia de accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad;
- h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo;
- i) Plazo estimado de ejecución del contrato;
- j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,
- k) Principios y criterios para la valorización de ofertas que deberán considerar necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de

origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieren y en ningún caso los documentos precontractuales contendrán condiciones que limiten la posibilidad de participación de oferentes nacionales.

Todos los documentos serán elaborados, bajo su responsabilidad de la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente los señalados en los literales: a), b), c), d), e) y k) dentro del término de cinco días, contados desde la fecha de su recepción.²⁴

Las diferencias existentes entre el concurso público y la licitación esta en las cuantías o montos referenciales utilizados y en los tiempos empleados, por esta razón en el capítulo II y III del Título III de la Ley de Contratación Pública se establecen procedimientos especiales que los señalo a continuación:

“Capítulo II”

3.3.- DISPOSICIONES ESPECIALES DE LA LICITACIÓN

ART. 32.- Presentación de la oferta.- El término que tendrá el proponente para la presentación de su oferta será señalado por el comité, entre dieciocho y cuarenta y ocho días, contado desde la fecha de la última publicación de la convocatoria, salvo que el comité, por unanimidad y previo informe de la Contraloría, resuelva ampliar el indicado término consideradas la magnitud o complejidad del proyecto.

ART. 33.- Apertura de sobre.- En el día y la hora en que se cierre el plazo para la presentación del sobre único, se efectuará una audiencia pública del comité con sus proponentes para la apertura.

²⁴ Ediciones Legales, Ley de Contratación Pública, Edición MIL, Quito Ecuador, 2003, pág. 23

"Capítulo III"

3.4.- DISPOSICIONES ESPECIALES DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS

ART. 34.- Presentación de la oferta.- El término que tendrá el proponente para la presentación de su oferta será múltiplo de 6 y será señalado por el comité y comprenderá entre doce y veinte y cuatro días, contados desde la fecha de la última publicación de la convocatoria.

ART. 35.- Apertura de sobre.- Cada oferente presentará su propuesta en un solo sobre, que contendrá todos los documentos señalados en el artículo 21 de esta ley. El Secretario del comité conferirá el correspondiente recibo, en el que se hará constar la fecha y hora de recepción. El comité abrirá los sobres presentados el día y hora señalados para el efecto en la convocatoria."²⁵

Como podemos observar solo existen estas diferencias lo que nos hace determinar que los procedimientos precontractuales son generales y deben cumplirse de manera cabal para habilitar el proceso y por ende la etapa de la contratación, por ello es necesario analizar cada uno de los documentos precontractuales:

Convocatoria: Refleja el principio de publicidad de la contratación y permite la libre concurrencia y oposición de los diferentes oferentes para satisfacer las diferentes necesidades generadas por el aparato publico.

²⁵ Ediciones Legales, Ley de Contratación Pública, Edición MIL, Quito Ecuador, 2003, pág. 38

Modelo de carta de Presentación y Compromiso: No es otra cosa que el compromiso del oferente y potencial contratante de someterse a la desigualdad jurídica tanto en las exigencias y condiciones de la etapa precontractual como en los requisitos y solemnidades en la etapa contractual en el caso de ser adjudicatario;

Modelo de formulario de propuesta: Tiene la finalidad de desglosar y describir de manera precisa "...rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda,..." y otros que se requiera para el adecuado análisis dentro del proceso de evaluación y determinación del adjudicatario.

Instrucciones a los oferentes: Como la misma Ley lo señala no es otra cosa que las reglas que regirán en el proceso precontractual y contractual, y de manera especial las causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento.

Proyecto de contrato: consiste en el borrador contractual que establece todas las cláusulas referentes a la contratación y de manera especial aquellas definidas de forma expresa en el literal e) del Art. 16 de la Ley de Contratación Pública.

Especificaciones generales y técnicas: No es otra cosa que el detalle y descripción de la necesidad de la institución que inicial el procedimiento, comprende los requerimientos mínimos necesarios para satisfacer esta necesidad, cuidando siempre que no se definan y beneficie a marcas o proveedores.

Planos: Muy usado en el caso de la ejecución de obra en donde por obvias razones son es necesario contar con diseños que precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas.

Valor estimado: En todo proceso debe incluirse el valor referencial, producto del estudio previo realizado por la institución, así como el financiamiento y la o las partidas presupuestarias utilizadas para el efecto, este valor nos permite incluso contar con las garantías de seriedad de oferta.

Plazo estimado de ejecución del contrato: Es el tiempo, periodo, plazo o termino en el que se desarrollaran las actividades para la entrega de la obra o servicio y en el caso de bienes el tiempo luego del cual se harán las entregas correspondientes.

3.5.- ASPECTOS JURÍDICOS.

Considerada la licitación desde el punto de vista jurídico, Sayagués Laso y Bercaitz, nos dicen que: Es un procedimiento que se hace a la forma de celebración de ciertos contratos; es un conjunto de actos del que surge el vínculo contractual al término de tal procedimiento, con la resolución administrativa de adjudicación notificada al interesado. La circunstancia de que esa decisión se forme mediante la intervención de uno o más órganos de la administración no altera el planteamiento expuesto.

En consecuencia, un contrato administrativo llevado a efecto sin licitación, sin concurso publico de ofertas, cuando es ordenada por la ley, es un contrato nulo, y de nulidad absoluta, en razón de que se encuentra viciado por su forma, nulidad que podría ser demandada tanto por la administración, como por el particular contratante, o por los terceros perjudicados.

De igual manera existe la prohibición expresa determinada en la Ley de subdividir los contratos con la finalidad de evitar los procedimientos determinados en la ley, por esta razón el Art. 64 de la Ley de Contratación Pública que reza lo siguiente:

“Prohibición de Subdividir Contratos.- El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrá ser subdividido en cuantías menores en forma que, mediante la celebración de varios contratos se aludan o se pretendan aludir los procedimientos establecidos en esta ley. La trasgresión de esta norma será sancionada con la remoción del cargo de los funcionarios que tomarán esta decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que tuvieran lugar...”²⁶

En el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual encontramos, de hecho, tanto la concurrencia de una variedad de actos administrativos tal como se señala en el Art. 16 de la Ley de Contratación Pública, como la necesaria práctica de actividades administrativas que permitan ajustar los requerimientos, establecer su financiamiento la forma de pago y el sustento legal que permita a la institución pública satisfacer sus necesidades, no se trata solamente de iniciar un proceso para contratar, esto implica una serie de acciones técnicas, administrativas y financiera que permitan dar viabilidad y hacer posible el proceso.

En conclusión concuerdo con lo que expresa Marienhoff, que tres son los principios jurídicos esenciales que delimitan el sistema del procedimiento, necesarios para su validez: los mismos que son utilizados a menudo en las Instituciones del sector público ya que cuando no alcanzan el monto establecido para el concurso público, la

²⁶ Ediciones Legales. Ley de Contratación Pública, Edición MIL, Quito Ecuador, 2003, pág. 53

compra o servicio a adquirirse no requiere de documentos precontractuales que establece el Art. 16 de la Ley de Contratación Pública, pero siempre es necesario que los elementos que ha continuación detallo estén presentes en todo proceso:

- a) La posibilidad de oposición entre los oferentes.
- b) La publicidad del acto.
- c) La igualdad entre los licitadores.

3.6.- FASES DE PROCEDIMIENTO.

Las etapas del procedimiento de licitación, en orden de sucesión, son las siguientes: el pliego de condiciones; la convocatoria a licitación; la presentación de ofertas por los proponentes; el estudio de estas por la administración; la adjudicación; y, la notificación al interesado.

Las examinaremos a continuación:

3.6.1.- El pliego de condiciones.

Según habíamos dicho, la convocatoria a licitación la hace definitivamente el Comité de Contrataciones quien ya ha evaluado el requerimiento y se encuentra en pleno ejercicio de la función administrativa, dentro del marco de su competencia y Jerarquía que le capacitan arbitrar todas las fases esenciales del procedimiento de contratación.

El pliego de condiciones ha sido definido por algunos tratadistas de contratación pública de esta manera: Que son las bases formuladas unilateralmente por la administración pública que detalla en forma distintiva y precisa, el objeto del contrato a celebrar, su regulación

jurídica y los derechos y obligaciones que ha de asumir el co-contratante de la administración.

Es tan importante que, con sobrada razón, ciertos autores consideran al pliego de condiciones como la ley del contrato, precisamente porque, a través de sus cláusulas generales y especiales, así como de sus especificaciones técnicas en la negociación, constituyen la fuente de los derechos y obligaciones, tanto de la administración, así como de los proponentes y del contratante. Las cláusulas generales son verdaderos reglamentos de las condiciones; y, las cláusulas especiales, que son de carácter contractual, se refieren a la obra, al suministro, al servicio público etc., que constituyen el objeto de la contratación.

Desde un punto de vista jurídico, es también un acto administrativo que, para su validez, está condicionado a todos los requisitos de los propios actos administrativos que, como sabemos, son: objeto, competencia, voluntad y forma.

3.6.2.- La convocatoria en el proceso de contratación.

Como lo habíamos señalado consiste en la invitación que, a través de la prensa, hace el órgano administrativo competente a todos quienes tuviesen interés en la celebración del contrato, sujetándose a las bases o pliego de condiciones elaborado para el efecto, tal como señala el Art. 17 de la Ley de Contratación Pública " Una vez que el comité cuente con los documentos definitivos para licitación o concurso publico de ofertas, las convocatorias que publicarán por tres días consecutivos en dos periódicos de mayor circulación nacional, editados en dos ciudades diferentes, Cuando convenga a los intereses nacionales e institucionales, la convocatoria podrá publicarse en el

exterior. Este llamamiento de la publicidad del concurso deberá contener: el órgano que interviene; el objeto de la licitación; el lugar donde se encuentra la documentación pertinente; el lugar donde deberán presentarse las ofertas; el lugar, día y hora en que deberán abrirse los sobres con las propuestas. La inobservancia del requisito de la publicación es motivo de nulidad de la licitación.

3.6.3.- La presentación de ofertas.

Es la fase en la que aparecen ya los licitadores. Pueden presentar propuestas todas las personas que reúnan las condiciones exigidas para el efecto, que sean capaces para contratar, no se encuentren impedidas legalmente, y que se consideren suficientes para ejecutar las obras o servicios de acuerdo a lo que establece el Art. 18 de la Ley de Contratación Pública que indica: "El comité fijará la fecha límite para la presentación de las propuestas, dentro del termino señalado para cada procedimiento y la hora será establecida en el Art. 21 de esta Ley..."

La inscripción previa de los proponentes en los correspondientes registros, desde luego, es manifestación inequívoca de su idoneidad técnica, moral y financiera. La inobservancia de esta formalidad, así como una inscripción viciosa, podría anular el acto de la licitación.

La propuesta se entregará en sobre cerrado y firmado, acompañando el comprobante del depósito en garantía, exigido por la ley, que es la garantía de la oferta.

3.6.4.- El estudio de las propuestas por la administración.

Se halla circunscrita esta dedicación a un acto administrativo característico que se cumple en el lugar, día y hora determinados en la convocatoria (Art. 24 de la Ley de Contratación Pública)

En efecto: Expirado el plazo para la recepción de las ofertas, se abren los sobres en sesión pública; el actuario da lectura a las propuestas; de todo lo cual, se asienta en el acta respectiva el hecho de las ofertas presentadas, juntamente con sus montos, siendo firmada por los funcionarios que han intervenido en el acto y opcionalmente por los proponentes que se hallaren presentes. En el momento de recepción de las propuestas, estas solamente son examinadas a través de sus requisitos de formalidad, aunque no de su fondo para lo cual el Art. 24 de la Ley de Contratación Pública establece " Comisión Técnica.- "En la licitación y el concurso público de ofertas, el comité designara para los fines previstos en el inciso segundo de este artículo , una comisión técnica para la evaluación de estas ofertas que se conformara de acuerdo con la naturaleza del objeto de la contratación, con la participación de los profesionales que se requieran..".

En el supuesto caso de que la administración se negare a recibir infundadamente una oferta presentada por un licitador, este tendrá derecho a deducir los recursos administrativos y jurisdiccionales correspondientes.

El proceso de evaluación es secreto y tiene por finalidad que los oferentes o proponentes no intervengan en el estudio realizado por la comisión técnica una vez que el informe y los cuadros comparativos se encuentran listos, es puesto en conocimiento de todos los proponentes incluso de aquellos a quienes se les ha rechazado la oferta, con la

finalidad de hacer prevalecer el derecho a la defensa y oposición frente a las decisiones tomadas por el Comité, puesto que también pueden existir equivocaciones que afecten a uno u otro oferente.

3.6.5.- La adjudicación.

Consiste en un acto jurídico administrativo unilateral dictado por la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, en virtud del cual, acepta la propuesta más conveniente a sus intereses. Es un acto autónomo dentro del procedimiento pre-contractual en el que se dinamiza la competencia de los licitadores u oferentes. Pero, nótese bien, que la oferta más conveniente no debe ser necesariamente la de menor precio, sino, además, aquella que reúna la capacidad técnica y financiera de la empresa oferente de acuerdo a lo que establece el Art. 26 de la Ley de Contratación Pública que manifiesta " Adjudicación.- El comité resolverá sobre la licitación o el concurso pública de ofertas dentro del término desde los diez días contados desde la fecha del vencimiento del señalado..."

Según el tratadista Gordillo, es verdad que todo aquel que participa en una licitación adquiere el derecho no a la adjudicación, sino simplemente a la participación en la competencia. Aún más, la adjudicación hecha a un licitante distinto, no afecta sino intereses legítimos del resto de los proponentes quienes, por lo mismo, podrían impugnar este particular tanto por la vía administrativa, así como por la judicial, ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en orden a la anulación de la licitación y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que el comportamiento administrativo le hubiese ocasionado (gastos de pliegos, planos, proyecto etc.)

En fin, el trámite de la adjudicación puede determinar las siguientes posibilidades: que se la adjudique la licitación a uno de los oferentes; que se rechace la licitación y no se adjudique a ninguno de los participantes por encontrarse las ofertas inconvenientes o inadmisibles, y, que se rechacen las propuestas solicitándose, en cambio, ciertas mejoras sólo entre los que se hubiesen presentado, previa aclaración de este particular en la licitación.

3.6.7.- La notificación al interesado.

Consiste simplemente en la comunicación que se la hace al proponente sobre la aceptación de su oferta y la obligación que tiene de presentar todos los documentos solicitados para la suscripción del contrato, con esta notificación el vínculo contractual no queda perfeccionado. Puesto que la etapa contractual finiquita las obligaciones del contratante y contratista, desde luego, deberá cumplirse este requisito para lograr la perfección del mismo tal como establece el Art. 27 de la Ley de Contratación Pública que indica "Notificación.- El presidente del comité notificara por escrito, a los oferentes dentro del termino de tres días contados desde la adjudicación.."

De todos modos, de notificado el adjudicatario, la adjudicación pone término al ciclo precontractual; esto es, nace el contrato, y su rescisión o renovación sólo se regirán por las reglas especiales de los contratos de la administración.

Aún más, de producida la adjudicación, las garantías son devueltas a los proponentes cuyas ofertas han sido rechazadas, y, desde aquel momento nace también en favor de los usuarios del servicio u obra, el derecho a reclamar que se observen las condiciones

estipuladas (artículos 71 y siguientes de la Ley de Contratación Pública).

3.7.- ETAPA CONTRACTUAL

Como hemos analizado la Contratación Pública esta sujeta a dos etapas bien en delimitadas, la etapa precontractual y la contractual.

Dentro de esta etapa lo primordial es contar con lo que determina el Art. 54 de la Ley de Contratación Pública que establece la capacidad para contratar, la misma que indica que para los efectos de esta "Ley, concédase capacidad para contratar a los ministros y directivos máximos de organismos del Estado..."

La etapa contractual a más de la capacidad para contratar, comprende lo relativo, a las garantías, recepción de obras, reajuste de precios, impuestos, etc.,

Los contratos cual fuera su naturaleza son acuerdos de voluntades, en este contexto los contratos administrativos nacen de acuerdo de voluntades basándose en la Ley.

Antes de la suscripción de un Contrato administrativo se requiere contar con los requisitos, forma y registro de contrato tal como establece en la Ley de Contratación Pública, en el Capítulo II en el Art. 60 que indica En forma previa a la celebración, los contratos que hubieran sido adjudicados siguiendo los tramites de licitación o concurso público de ofertas, se requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado.

Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieran sido licitados o concursados.

Si el contrato implica egresos de fondos públicos, con cargo al Presupuesto del Gobierno Nacional, se requerirá además, el informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

Si por la naturaleza u objeto del contrato se exigieren otros informes, se estará a las normas legales respectivas.

Los funcionarios indicados emitirán sus informes dentro del termino de quince días de recibida el acta de adjudicación, la oferta del adjudicatario, las memorias del calculo de reajuste de precios y de las cuadrillas tipo, y el proyecto del contrato. Si el funcionario que debe informar dejare transcurrir dicho termino sin hacerlo, se considerara como si hubiere emitido dictamen favorable.

Cualquier aclaración o documentación original que requiera el funcionario informante, deberá ser solicitada dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la respectiva documentación.

Obtenidos los informes o vencido, este termino se procederá a la celebración del contrato, tomando en cuenta las observaciones que hubieren formulado, de existir estas.

Los documentos precontractuales sometidos a licitación o concurso público de ofertas que se emiten a la Contraloría general del Estado como a la Procuraduría para que emitan sus informes son:

1. Acta de adjudicación. En el acta deberá fundamentarse la adjudicación; se acompañarán los documentos que justifiquen tal fundamentación, entre otros, el informe de la Comisión Técnica.
 - a) Oferta del adjudicatario, con todos los documentos requeridos en el artículo 21 de la ley;
 - b) Memorias de cálculo de la fórmula de reajuste de precios y cuadrilla tipo, cuando fuere del caso;
 - c) Proyecto de contrato;
 - d) Certificación de existencia o disponibilidad de fondos actualizada, incluido el reajuste;
 - e) Documentos precontractuales, alcances y aclaraciones.

2. Para la emisión de los informes previstos en la ley sobre los contratos adjudicados en base a lo referente a los procedimientos especiales y a los procedimientos de excepción, señalados en los artículos 5 y 6 respectivamente de la Ley de Contratación Pública se remitirán los siguientes documentos:

Proyecto de contrato:

- a) Resolución de adjudicación por parte de la máxima autoridad del Ministerio o de la entidad correspondiente;
- b) Oferta completa del adjudicatario;

- c) Las fórmulas de reajuste de precios, sus memorias de cálculo y la cuadrilla tipo, cuando fuere del caso;
- d) Los documentos y resoluciones que justifiquen la causa invocada para celebrar el contrato sin licitación ni concursos, en el evento de los contratos referidos en el artículo 6 de la ley:
- e) Los convenios de préstamo y sus anexos, para el caso de contratos financiados con crédito externo;
- f) Los certificados que demuestren la existencia de los recursos financieros:
- g) Los informes de las comisiones técnicas, en caso de que, por la naturaleza del contrato, se los requiera;
- h) Los documentos precontractuales o bases con sus alcances y aclaraciones cuando los hubiere: y,
- i) Únicamente para los contratos tramitados al amparo de la letra a) del artículo 6 de la ley, y de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de este reglamento, los justificativos técnicos que sirvieron de base para la designación del contratista.

En los contratos de adquisición o arrendamiento de inmuebles, se remitirán los documentos que acrediten la propiedad de los mismos y la declaratoria de utilidad pública según el caso.

3.8.- CONTENIDOS DE LOS CONTRATOS

Como hemos analizado una vez que se cuente con los informes favorables tanto de la Contraloría General Estado como de la Procuraduría General del Estado, se procede a elaborar el contrato de acuerdo a los documentos precontractuales , al mismo que se le suma la oferta, con la que se tienen que realizar el contrato completo, . El aporte del contratista es el precio, plazo, garantía, básicamente.

Por razones prácticas se divide al contrato en cláusulas, partes o acápite; Cabe indicar que no existe normas o límites sobre el número de cláusulas, pero generalmente de acuerdo a la práctica generalmente existen 19 partes del contrato y así tenemos:

Lugar y fecha de celebración.- Es muy necesario el lugar y fecha por cuanto nos permite tener parámetros jurados para determinar plazos e incluso el fuero en el caso de controversias que se presentaren por la ejecución de la obra, prestación del servicio o adquisición de bienes.

Las partes (contratante y contratista).- los comparecientes que se obligan dentro del contrato.

Antecedentes.- consiste en el detalle de los procedimientos empleados, las autorizaciones realizadas, las decisiones del comité de contratación, el otorgamiento de la partida presupuestaria , la adjudicación, el informe de Contraloría y Procuraduría General del Estado, es decir todo aquello que permite la contratación.

Habilitantes.- consiste en los documentos que acreditan la calidad de los comparecientes, la oferta económica la calidad de la persona natural o jurídica, su existencia legal, etc.

Definiciones e Interpretaciones.- Conocida la intención de los contratantes, de acuerdo a lo señalado en el Art. 1603 del Código Civil, debemos sujetarnos a esta, más halla de lo que literalmente se ha expresado en el contrato. Esta regla es fundamental, puesto que le da fortaleza a la intención de los contratantes, ya que como es conocido por todos el contrato es Ley para las partes, por ello es preciso buscar cual ha sido la intención de los contrayentes y si esta se encuentra señalada claramente dentro de las cláusulas del contrato debe aplicarse estrictamente su texto literal; pero si esta voluntad e intención no se encuentran reflejadas en términos o palabras adecuadas, la autoridad competente en este caso el Juez deberá buscar cual ha sido la intencionalidad de los obligados o contratantes, y sujetarse más halla de sus palabras y contenido literal.

Para buscar la intención de quienes han suscrito un contrato, debe tenerse muy en claro que un cosa es la interpretación de los contratos y otra la interpretación de las leyes, pues en estas últimas prevalece el valor literal porque se supone que el legislador es una persona instruida y que conoce el alcance de los términos que emplea.

Objeto. No es otra cosa que la determinación de los bienes a adquirir, la ejecución de la obra solicitada o la prestación del servicio contratado y con la cual se satisface la necesidad de la institución que realiza el proceso de contratación.

Precio y cuantía. Es el valor del contrato que debe estar de conformidad con la oferta realizada por el Contratista. En este caso La

Entidad pagará al Contratista el valor antes indicado más los correspondientes reajustes, en la forma prevista en las Condiciones Generales del Contrato y con sujeción a los precios unitarios constantes de la oferta en el caso de obra, en el caso de bienes y servicios por lo general no existe reajuste de precios.

Todos los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base establecida para la licitación, están sujetos a la contribución del uno por ciento (1%) de su cuantía por parte de los contratistas. Estos recursos servirán para coadyuvar el financiamiento de la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado y la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, con los siguientes porcentajes respectivamente 0,25%, 0,5% y 0,25%.

Forma de pago.- Determina que la forma como a de pagarse al Contratista el valor del contrato en la forma que se indica en la oferta, con el cargo a la Partida asignada de manera definitiva, en esta cláusula debe indicarse la moneda de pago, forma de Pago, si existen anticipos si estos últimos existen la necesidad de las garantías contempladas en el Art. 73 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que cubra el ciento por ciento (100%) del valor del mismo.

En el caso de obras si estas serán pagadas mediante abonos parciales, contra presentación de planillas por parte del Contratista a la Fiscalización y, debidamente aprobadas por la entidad contratante.

Deben incluirse los Descuentos y retenciones, el trámite de las planillas, las Discrepancias, etc.

Plazos.- es el tiempo en el cual el Contratista se obliga a terminar y concluir la(s) obra(s), servicios y entrega de bienes objeto del contrato

dentro del plazo o plazos previstos en su oferta, contados a partir de fecha de suscripción del contrato o de la notificación de que el anticipo se encuentra listo para ser cobrado. (en caso de existir), además deberá hacerse constar la posibilidad de prorrogas de plazo.

Garantías

Granitas.- Las garantías aceptables, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, son las siguientes:

- a) depósito en dinero en efectivo o cheque certificado;
- b) garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un Banco o Compañía Financiera establecidos en el país o por su intermedio;
- c) póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

Las garantías de fiel cumplimiento, del anticipo y de debida ejecución de la obra se extenderán en Dólares.

En el caso de la Garantía de fiel cumplimiento del contrato:

El Contratista, antes de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder de las obligaciones que contrajera frente a terceros, relacionadas con el contrato, deberá entregar a favor del contratante una de las garantías especificadas en el Art. 73 de la Ley De Contratación Pública, por un monto equivalente al cinco por ciento del valor total del contrato.

Para asegurar el buen uso del anticipo: Para garantizar el anticipo que la Entidad le otorga, el Contratista entregará a favor de la

Entidad, antes del pago del anticipo, por un monto equivalente al total del anticipo (reajustado de ser el caso). La garantía se reducirá en la medida que se amortice el anticipo, hasta su total cancelación. (en algunos casos).

La Garantía por la debida ejecución de la obra: esta garantía tiene la finalidad de asegurar la debida ejecución de las obras y la buena calidad de los materiales. Esta garantía servirá para asegurar las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en las que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al Contratista.

La Vigencia de las garantías: La de fiel cumplimiento del contrato hasta la total terminación de la obra, servicio o adquisición de bienes, su recepción definitiva y liquidación del contrato; y, la garantía del anticipo recibido hasta que sea cancelado y en la parte no amortizada del mismo.

Recepciones.- Existen cuatro tipos de recepciones que pueden expresarse dentro del contrato, la recepción provisional, recepción parcial, la recepción presunta y la recepción definitiva, estas deben señalarse en las condiciones de acuerdo al tipo de contratación ya que en el caso de bienes y servicios existe solamente un tipo de recepción que es la definitiva.

Controversias.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Será competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio

del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutivas.

Además de las explicadas deberán incluirse las siguientes:

- Forma de ejecución del Contrato
- Terminación del Contrato
- Ley y domicilio aplicables

De acuerdo a lo que establece el reglamento General de la ley de Contratación Pública en su artículo 72 los contratos deben contener:

Art. 72.- Contenido general de los contratos.- En todo contrato sometido a esta ley se estipularán las cláusulas correspondientes a su objeto y naturaleza, así como las relativas a garantías, multas, terminación del contrato, plazo de anticipación para notificar al contratante con la decisión unilateral de la entidad de darlo por terminado, cuantía, plazo de ejecución del contrato, recepciones, sujeción a la ley ecuatoriana, renuncia a la reclamación por vía diplomática, obligaciones laborales, solución de controversias y las demás que procedan, según el caso. Se hará constar la declaración juramentada prevista en el inciso segundo del artículo 63 de este reglamento. Considero que es importante lo dispuesto en este cuerpo legal ya que tipifica claramente que tienen que contener un contrato, si bien a criterio de la Institución contratante el número de cláusulas que se requiere, pero no su puede emitir ninguna de la que dispone el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

Así mismo Reglamento General de la ley de Contratación Pública indica las normas mínimas que tienen que tener los contratos de obras, el por que tomamos el contrato de obra, es que en su mayoría de veces cuando se vá a ejecuta un contrato de esta naturaleza se sobre entiende que fue sometido a una licitación o a un concurso publico de ofertas, ya que los costos de obra son altos especialmente en lo relacionado a carreteras, puentes etc.,

Lo mencionado lo encontramos tipificado en el Art. 73 que manifiesta:

Normas mínimas en contratos de obra.- En el caso de contratos de ejecución de obras, las especificaciones generales del contrato y los instructivos para fiscalización o supervisión de ellas deberán contemplar estipulaciones o normas sobre: rubros de construcción, calidad de materiales, requisitos de laboratorio, forma de medición y pago, presencia y permanencia en obra del contratista o su representante; responsabilidades del contratista respecto al personal, equipos e instalaciones; planificación y control de la obra; informes de avance; documentación de ejecución de la obra; desarrollo de los trabajos; cumplimiento de especificaciones; señalización, vigilancia y custodia; variaciones de la obra; limpieza de la obra; modificaciones de plazos; recepciones, inspecciones, pruebas y mantenimiento.

En tales especificaciones y procedimientos de fiscalización y supervisión deberán constar también reglas sobre formulación y presentación de planillas, plazos para su aprobación, forma y procedimiento de pagos, retenciones y multas.

En los contratos, obligatoriamente deberá establecerse el plazo y condiciones para la entrega del respectivo anticipo.

En los contratos de ejecución de obra deberá contemplarse una cláusula que estipule a cargo de quién correrá el mantenimiento y vigilancia de la obra entre la recepción provisional y la definitiva. Cuando corriera a cargo del contratista deberán precisarse los términos y alcance del mantenimiento, en modo acorde con la naturaleza de la obra y el contrato, y su forma de pago.

Cuando la magnitud o la naturaleza de la obra lo ameriten, en las especificaciones particulares de la obra y en los instructivos de supervisión o fiscalización deberán preverse reglas concernientes a: oficinas en obra; campamentos y servicios para el personal del contratista; bodegas; seguridad industrial; fechas de iniciación y secuencia de los trabajos; labores en condiciones especiales; conservación del medio ambiente, suspensión de los trabajos”.

CAPITULO IV

PROYECTO DE REGLAMENTO TIPO DE CONTRATACION PUBLICA PARA NORMAR LOS MONTOS INFERIORES AL CONCURSO PUBLICO DE OFERTAS.

4.1.- PRESENTACIÓN DEL PROYECTO

En el Art. 4 de la Ley de Contratación Pública, reformado por el Art. 62 de la Ley de Transformación Económica del Ecuador, dispone que la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obras y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujetarán a los procedimientos pre-contractuales previstos por esta Ley, sin embargo para celebrar los contratos respectivos, se observarán las normas reglamentarias expedidas en este reglamento.

En este sentido de acuerdo a lo que determina y faculta la Ley considero que es posible estandarizar un proyecto de reglamento tipo para montos inferiores al concurso público de ofertas, para todas las Instituciones del Sector Público, ya que todas requieren realizar actividades contractuales como adquisición de bienes, ejecutar obras, y contratar servicios.

Para lo cual definimos que reglamento es, toda norma dictada por la administración, y por lo tanto, con rango inferior al de la ley.

Paro lo cual analizando lo que determina la Ley de Contratación Pública y los principios jurídicos doctrinarios de Contratación Pública congo a consideración el presente reglamento.

4.2.- SE RESUELVE DE ACUERDO A LAS NORMAS LEGALES:

EXPEDIR EL SIGUIENTE REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES, EJECUCIÓN DE OBRAS, Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LAS INSTITUCIONES QUE SE ENCUENTRAN DETERMINADAS EN EL ART. 118 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Art. 1.- AMBITO.- Se someten a las normas del presente Reglamento los procedimientos, requisitos y exigencias para la Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios que realice todas las Instituciones determinadas en el Art. 118 de la constitución Política de la Republica, considerando que este no supere la base del Concurso Público de Ofertas descrito en la Ley de Contratación Pública.

Art. 2.- AUTORIZACION.- La Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, cuyo monto sea superior a diez mil dólares (USD 10.000,00) y hasta el monto establecido para el Concurso Público de Ofertas deberán ser autorizados por el ^oper los Representantes Legales de cada Institución, con sujeción a las disponibilidades del presupuesto de la Institución, y en consideración a los requerimientos específicos de los representantes legales de cada Institución y de las demás Unidades Administrativas.

En el evento de que el monto sea inferior al establecido para la autorización de los representantes legales de cada Institución , descrito en el párrafo anterior, le corresponderá autorizar al Director de Gestión de Desarrollo Organizacional, en la Oficina Matriz; y a los Autoridades Regionales o Provinciales “ descentralización” si existiese en las Instituciones , hasta cinco mil dólares (USD 5.000,00), en su respectiva jurisdicción, para lo cual bajo su exclusiva responsabilidad procederá a invitar a personas naturales y/o jurídicas y a obtener las cotizaciones correspondientes. En estos casos es necesario la solicitud de compra y/o servicios, si la cuantía es superior a los 2000 dólares de los Estados Unidos de América, para el efecto se utilizarán los formatos vigentes.

Si el monto del requerimiento supera los cinco mil (\$10.000,00) dólares, de los Estados Unidos de América, los Directores Técnicos de Procesos y Directores Técnicos Regionales, según el caso, solicitarán el visto bueno correspondiente al Director General.

Art. 3.- DE LOS MONTOS Y PROCEDIMIENTO

- a) Cuando el monto del requerimiento esté comprendido entre uno (USD 1,00) y quinientos (USD 500,00) dólares de los Estados Unidos de América, la Unidad de adquisiciones y Servicios a o quien haga sus veces en las Direcciones Seccionales , obtendrá una cotización en una de las empresas calificadas considerando adquisiciones inmediatamente anteriores en cuanto a calidad, oportunidad, garantía y precio.

En base a la cotización anterior, el Director de Gestión de Desarrollo Organizacional o Director Técnico de Área Seccional, procederá a solicitar el pago del requerimiento a la Dirección Financiera correspondiente.

- b) Cuando el requerimiento esté comprendido entre quinientos uno (USD 501,00) y mil (USD 1000,00) dólares de los Estados Unidos de América, se obtendrá dos cotizaciones de empresas naturales o jurídicas legalmente constituidas. Y que estén dentro del Banco de Proveedores que maneja cada Institución.

Se elaborará el cuadro comparativo correspondiente para conocimiento y decisión del Director de Gestión de Desarrollo Organizacional o Director Provincial o Regional

El Director de Gestión de Desarrollo Organizacional o Director Provincial o Regional, procederá a solicitar el pago a favor de la empresa que ofrezca los bienes y/o servicios en las condiciones más convenientes para la Institución, considerando calidad, oportunidad, garantía y precio.

- c) Si el monto del requerimiento se encuentra comprendido entre mil uno (USD 1001,00) y cuarenta mil (USD 40.000,00) dólares de los Estados Unidos de América, se elaborará la solicitud de compra o servicios y se obtendrá por lo menos tres cotizaciones de empresas naturales o jurídicas legalmente constituidas.

Cuando el monto de la adquisición o contratación de servicios supere los mil quinientos (\$ 1500,00) dólares de los Estados Unidos de América, se solicitará las ofertas en sobre cerrado.

Art. 4.- DE LA ADJUDICACION. Cuando el monto referencial del requerimiento se encuentre comprendido entre uno (USD 1,00) y dos mil (USD 2000,00) dólares de los Estados Unidos de América, la Unidad de Adquisiciones y Servicios, o quien haga sus veces en las Direcciones Provinciales o Regionales, elaborará el cuadro comparativo correspondiente para análisis y decisión del Director de Gestión de Desarrollo Organizacional o Director Provincial o Regional correspondiente, quienes dispondrán la adjudicación respectiva a la casa comercial que se ajuste al requerimiento institucional.

Si el monto referencial del requerimiento es mayor a dos mil dólares, el Director de Gestión de Desarrollo Organizacional, a su vez, enviará al Representante Legal las ofertas, sin abrir los sobres. Una vez que el Representante Legal, haya decidido la adjudicación, regresará el trámite a la Dirección de Gestión de Desarrollo Organizacional, para continuar con el trámite respectivo.

En las Direcciones Provinciales o Regionales, el Director Técnico de Área, en su respectiva jurisdicción, recibirá las ofertas en sobre cerrado, por parte del responsable de las adquisiciones y servicios; abrirá los sobres conjuntamente con el coordinador administrativo financiero y dispondrá a proveeduría o adquisiciones la elaboración del cuadro comparativo respectivo, el mismo que remitirá al Representante Legal para su decisión y autorización.

En todos los casos, y para agilizar el trámite, se observará la conveniencia de adjudicar a una sola casa comercial, para lo cual, las invitaciones deberán realizarse separando materiales, suministros, equipos y suministros informáticos, bienes muebles, etc., de tal manera que las empresas invitadas tengan la posibilidad de ofertar la totalidad

de lo solicitado y el costo beneficio se vea reflejado en los totales del cuadro comparativo para el análisis respectivo.

Art. 5.- DEL REGISTRO DE PROVEEDORES Y CONTRATISTAS.- Con la finalidad de facilitar la contratación directa y selección de cotizaciones, la Dirección de Gestión de Desarrollo Organizacional, y las Direcciones Provinciales o Regionales comprendidas en el Art. 118 de la Constitución, mantendrán y actualizarán periódicamente los documentos de proveedores calificados, sean éstos para adquisición de bienes, suministros, materiales de oficina, ejecución de obras y prestación de servicios.

Si dentro del banco de proveedores no constaren empresas que ofrezcan los bienes o servicios solicitados, dentro de la invitación se hará constar que junto con la oferta presenten los documentos requeridos para la respectiva calificación como proveedor.

Si se tratare de bienes o servicios de carácter eventual, esto es, una o dos veces al año como por ejemplo bienes determinados como de línea blanca o electrodomésticos, balanzas, servicios de plomería, cambio de chapas, etc., y cuyas empresas naturales o jurídicas no consten en el banco de proveedores, se obtendrá las ofertas directamente de las casas comerciales conocidas en el mercado local o profesionales especializados en el requerimiento.

También se podrá obtener las cotizaciones que sean del caso mediante la página WEB de CONTRATANET, de conformidad lo establecido en la Ley de Transparencia Fiscal.

Art. 5.- CONVOCATORIAS E INVITACIONES.- La Dirección de Gestión de Desarrollo Organizacional y las Direcciones Provinciales o

Regionales, por lo menos una vez al año, convocarán mediante invitación escrita a personas naturales o jurídicas, a las cámaras y colegios profesionales, para que se registren o renueven sus inscripciones, solicitando el detalle de los bienes y/o servicios que se hallen en posibilidad de suministrar a las Instituciones del Sector Público, sin descartarse la posibilidad que en el transcurso del año pueda procederse a la inscripción de nuevas personas o firmas proveedoras interesadas, pero en todos los casos presentarán la documentación necesaria que las identifique como tales.

Art. 6.- EXCLUSIVIDAD DE EMPRESAS.- Si el proveedor es representante exclusivo en el país de determinados bienes o servicios, deberá justificar documentadamente dicha calidad.

Art. 7.- PRESUPUESTO REFERENCIAL.- La Dirección de Gestión de Desarrollo Organizacional o las Direcciones Provinciales o Regionales, según el caso, encargados de atender los requerimientos institucionales, están obligados a determinar el presupuesto referencial, sobre la base de los precios reales en el mercado del bien a adquirirse, de la obra a ejecutarse o del servicio a contratarse.

Art. 8.- ASIGNACIÓN PRESUPUESTARIA.- Para la Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios no regulados por la Ley de Consultoría, previamente se solicitará a la Dirección Financiera o quien haga sus veces, la certificación de disponibilidad presupuestaria, excepto para aquellas adquisiciones y/o prestación de servicios que se efectúen por caja chica o por requerimiento regular hasta el monto de mil (USD 1000,00) dólares, es decir de aquellos que no requieren solicitud de compra y/o servicios, de conformidad con el Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Art. 9.- DE LA COMISION DE ADQUISICIONES DE BIENES, EJECUCIÓN DE OBRAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS.- Será de su competencia conocer sobre las adquisiciones de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios cuyos montos superen los cuarenta mil (USD 40.000,00) dólares de los Estados Unidos de América, y hasta el monto establecido para el Concurso Público de Ofertas.

Art. 10.- DE LA CONFORMACIÓN DE LA COMISION DE ADQUISICIONES DE BIENES, EJECUCIÓN DE OBRAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS.-

La Comisión de Adquisiciones del las Instituciones del Sector Público estará integrada por los siguientes miembros:

EN LA ADMINISTRACION CENTRAL:

1. Por el representante legal, o su delegado quien lo presidirá;
2. El Director de Asesoría Jurídica;
3. El Director de Gestión Financiera;
4. El Director de Gestión de Desarrollo Organizacional;
5. Un profesional técnico del área que genera la necesidad, o persona conocedora sobre ese requerimiento.

Actuará como Secretario un funcionario de la Institución ajeno a los trámites de Adquisiciones y Servicios Institucionales, quien será nombrado por el Presidente de la Comisión.

EN LAS DIRECCIONES PROVINCIALES O REGIONALES

Previa autorización de la adquisición por parte del Representante Legal:

1. El Director Provincial, Regional o su delegado quien lo presidirá;
2. Un Abogado del Departamento Asesoría Jurídica.
3. Un delegado del área Financiera;
4. Un delegado de Gestión de Desarrollo Organizacional;
5. Un profesional técnico del área que corresponda el pedido de la adquisición, o persona conocedora sobre ese requerimiento.

Actuará como Secretario un funcionario de la Dirección Provincial o Regional ajeno a los trámites de Adquisiciones y Servicios Institucionales, quien será nombrado por el Presidente de la Comisión.

Art. 11.- DEBERES Y ATRIBUCIONES DE LA COMISION.-

Son obligaciones y funciones de la Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras, y Prestación de Servicios, básicamente los siguientes:

- a) Conocer y aprobar los requerimientos, requisitos y exigencias institucionales cuyo monto referencial supere los cuarenta mil (40.000,00) dólares de los Estados Unidos de América
- b) Invitar a por lo menos tres personas naturales y/o jurídicas para que presenten sus ofertas o cotizaciones;

- c) Aclarar los requerimientos, requisitos y exigencias institucionales de oficio o a petición escrita de los interesados.
- d) Proceder a la apertura de las propuestas, que se la realizará una hora después del cierre de la recepción de ofertas, las cuales se recibirán en sobre único cerrado por parte del Secretario de la Comisión en el día y hora señalados en la invitación pertinente;
- e) Calificar la idoneidad técnica, legal y económica de los proponentes.
- f) Designar de considerarlo pertinente de fuera de su seno, una subcomisión para el análisis y evaluación de las ofertas;
- g) Conocer y aprobar, de ser el caso el informe de la subcomisión;
- h) Rechazar las propuestas que no se ciñan a los requerimientos, exigencias y requisitos institucionales;
- i) La Comisión adjudicará la propuesta que se considere como la más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.

Art. 12- DEL SECRETARIO DE LA COMISION.- Son obligaciones del Secretario:

- a) Convocar por escrito, a pedido del Presidente, a las sesiones de la Comisión, con el orden del día y el material de información necesario según los puntos a tratarse;

- b) Elaborar las actas de las sesiones de la Comisión y certificar las mismas con autorización de la Comisión o de la Presidencia;
- c) Llevar bajo su responsabilidad y custodia el archivo del proceso en orden cronológico, documentos y comunicaciones relativas a la Comisión.
- d) Además notificará los resultados correspondientes al oferente que presentare la mejor propuesta, haciéndole conocer de su obligación de enviar los documentos necesarios para la suscripción del contrato respectivo; y,
- e) Las demás que establezca la Ley de Contratación Pública y su Reglamento General.

Art. 13.- DE LAS SESIONES.- Las sesiones se realizarán previa convocatoria del Presidente de la Comisión o su delegado, indicando el lugar y la hora de la reunión, la misma que se la realizará con por lo menos 24 horas de anticipación. La Comisión sesionará con la presencia de por lo menos 4 de sus miembros. Sus decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos, el mismo que se lo definirá en forma afirmativa o negativa. En el evento de existir empate en las decisiones de la Comisión dirimirá con su voto el Presidente.

Art. 14.- DE LAS INVITACIONES A LOS OFERENTES.- La Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, será la encargada de elaborar el modelo de la invitación escrita directa, la misma que será cursada a por lo menos tres personas naturales y/o jurídicas calificadas, tomando como base el registro de proveedores y contratistas existente en la Dirección de Gestión de

Desarrollo Organizacional y/o en las Direcciones Provinciales o Regionales que integran las Instituciones del Estado .

De ser necesario por la complejidad e importancia de la contratación, la Comisión podrá resolver invitar mediante una publicación hecha en la prensa; convocatoria que se la hará por una sola vez en uno de los periódicos de mayor circulación de la sede de la Comisión.

Se obtendrá ofertas de un solo proveedor, cuando se comprobare que los bienes a adquirirse son los únicos en el mercado, o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas.

Art. 15.- DE LA PRESENTACIÓN Y CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS.- Las ofertas las presentarán personalmente los oferentes, sus representantes, apoderados o delegados, en sobre cerrado hasta el día y hora fijados por la Comisión de Adquisición de Bienes, Prestación de Servicios y Ejecución de Obras, en el lugar señalado para el efecto en la invitación, se redactarán en castellano y se cumplirá estrictamente con los requisitos y demás exigencias que la Instituciones del Sector Publico solicite, pudiéndose agregar catálogos en otro idioma. Los delegados de los oferentes podrán ser designados por simple carta suscrita por éstos o sus representantes. Las ofertas se entregarán directamente al Secretario de la Comisión, quien conferirá el correspondiente recibo, suscribiéndolo y anotando la fecha y hora de la recepción. Ningún proponente podrá presentar más de una oferta, pero podrá presentar ofertas alternativas, siempre y cuando se lo permitiere expresamente en la invitación respectiva.

(En las obras o prestación de servicios, se debe adjuntar él o los documentos que especifiquen las condiciones técnicas mínimas, tanto

de diseño y de trabajos requeridos para iniciar el proyecto así como especificaciones claras y un presupuesto general.

La Comisión considerará únicamente las propuestas que se ciñan a los requerimientos, exigencias y requisitos solicitados por la entidad.

Art. 16.- DE LAS ACLARACIONES.- Los proveedores que hubieran sido invitados, podrán solicitar por escrito a la Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios del Sector Público, aclaraciones sobre los requerimientos, exigencias y requisitos determinados en la invitación, hasta 48 horas de receptada la misma.

La Comisión deberá emitir en forma clara y concreta las respuestas correspondientes y ponerlas a disposición de todos los oferentes en tiempos oportunos, pero siempre antes del término señalado para la presentación de las ofertas.

De ser necesario la Comisión, hasta la mitad del término señalado para la presentación de las ofertas, por propia iniciativa, enviará a todos los oferentes invitados las aclaraciones o modificaciones a los requisitos y exigencias institucionales. Podrá modificarse la forma de pago y financiamiento de la contratación, pero en ningún caso su objeto.

Art. 17.- PRORROGAS.- La Comisión, bajo su responsabilidad, podrá prorrogar la fecha de presentación de las propuestas, para lo cual notificará por escrito a los oferentes invitados y en caso de haberse realizado la convocatoria por la prensa se

publicará por una sola vez el aviso correspondiente en el periódico que se efectuó dicha convocatoria.

Art. 18.- APERTURA DE LAS OFERTAS.- Los sobres de las ofertas presentadas se abrirán en el día y hora indicados en la invitación correspondiente que realice el Presidente de la Comisión, de conformidad con el Art. 10, literal d) del presente reglamento. Los miembros de la Comisión así como el Secretario deberán rubricar todos y cada uno de los documentos presentados.

Es obligación del Secretario de la Comisión levantar el acta de esta diligencia, en la que constarán todos los detalles de la misma.

Art. 19.- SUBCOMISION PARA ESTUDIO DE LAS OFERTAS.- De considerar necesario la Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, integrará una Subcomisión Técnica de Apoyo, la misma que estará conformada de acuerdo con la naturaleza del objeto de la contratación, con la participación de los profesionales que se requieran. Ningún miembro de la Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, podrá integrar la Subcomisión y los profesionales prioritariamente serán parte del personal de la Entidad.

La Subcomisión Técnica, bajo su responsabilidad elaborará cuadros comparativos de las ofertas y un informe con las observaciones que permitan a la Comisión disponer de la información necesaria para la adjudicación. Una vez receptados los cuadros comparativos y el informe presentado por la Subcomisión Técnica, el Secretario de la Comisión los pondrá a disposición de todos los miembros en forma inmediata y dejará constancia en el expediente respectivo, del cumplimiento de esta formalidad.

Art. 20.- ADJUDICACION.- La Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, resolverá y adjudicará la oferta al proponente que hubiere presentado la propuesta más conveniente a los intereses institucionales y nacionales; y, en el evento que el Representante Legal o Director Provincial o Regional no presida la Comisión, se procederá a poner en su conocimiento para su adjudicación.

Si las ofertas no fueren convenientes a los intereses antes indicados, la Comisión podrá reiniciar el proceso para la contratación, dejando desierto el trámite realizado y de este particular se comunicará a los oferentes.

Art. 21.- NOTIFICACION.- El Presidente de la Comisión dispondrá que por Secretaría se notifique por escrito al oferente que haya sido adjudicado, en forma inmediata después de la resolución emitida por los miembros de la Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios de las Instituciones del Sector Público, y a la vez se solicitará presenten los documentos necesarios para la suscripción del contrato correspondiente.

Art. 22.- DEL CONTRATO.- El Representante legal de la Institución, o el Director Provincial o Regional correspondiente, solicitará a la Dirección de Asuntos Jurídicos, la elaboración del respectivo contrato para la suscripción de las partes, el mismo que será formalizado de conformidad con lo que para el efecto prescribe la Ley de Contratación Pública y se tomará en consideración lo señalado en el Art. 7 del Reglamento General de Bienes del Sector Público.

Art. 23.- OTRAS NORMAS APLICABLES.- La Comisión de Adquisición de Bienes, Ejecución de Obras y Prestación de Servicios, los ordenadores de gastos y de pagos, según corresponda, para el cumplimiento de sus funciones se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública, su Reglamento General, el Reglamento General de Bienes del Sector Público y demás normas aplicables.

Con estos antecedentes determinamos que es procedente el reglamento tipo para normas los montos inferiores al concurso público de ofertas en virtud de que todo reglamento, tiene la particularidad de ser una norma dictada por la administración, y por lo tanto, con rango inferior al de la ley.

Si la ley ha de ser votada y aprobada en el Parlamento, y refleja la voluntad popular en la medida en que allí se encuentran representados los ciudadanos, el reglamento no se aprueba en el ámbito parlamentario, sino en el Consejo de Ministros, en un departamento concreto, o en cualquier otro ente de los que componen el complejo administrativo del Estado, es decir en cada una de las Instituciones del Sector Público.

Las constituciones modernas reconocen a la administración la potestad de dictar reglamentos. Esta potestad reglamentaria se aplica de forma incorrecta si el reglamento vulnera la ley ya que es norma de rango superior o si el reglamento entra a regular materias reservadas a la ley:

Cabe indicar que el Art. 59 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, dispone que cada entidad u organismo del sector público determinará, por reglamento interno, los funcionarios ordenadores de gastos y pagos; con lo cual deja totalmente abierta la

posibilidad de implantar un reglamento tipo para los montos que ya lo hemos establecido.

A más de esto es necesario expedir un reglamento que tenga como finalidad facilitar y dar mayor agilidad a las adquisiciones de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios que requieren las diferentes Unidades Administrativas del que componen las Instituciones del Sector Público.

CAPITULO V

5.1.- CONCLUSIONES

Es absolutamente evidente que todas las Instituciones del Estado, tienen la necesidad de contratar la ejecución de obras, adquirir bienes y solicitar servicios que por su naturaleza no puede ser ejecutado por la administración, el viabilizar que estas necesidades se satisfagan implican el cumplimiento de la normativa legal establecida para el efecto.

Considero que es necesario y fundamental contar con los principios jurídicos de contratación pública en todo el proceso precontractual para lo cual la doctrina establece los siguientes: Libre concurrencia; Igualdad entre los oferentes; Publicidad, Transparencia y la Legalidad., teniendo en cuenta que el mas importante de estos es la legalidad que este principio conlleva a la legitimidad que tiene que tener este proceso contractual e incluso el proceso contractual.

Cuando una de las partes contratantes es la Administración que vienen a ser la que representa los intereses del Estado, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista, aquí se produce un principio jurídico conocido como la inalterabilidad de los contratos, el mismo que no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad para el contratista lo cual coadyuva a defender los intereses Estatales.

A fin de atender los requerimientos que demandan cada una de las Instituciones del Sector Público, se tiene que necesariamente iniciar

un proceso de contratación pública, independientemente de la cuantía que demande la adquisición, la ejecución de obras, etc., a fin de que este proceso sea válido, legítimo, y cause estado es necesario que existan los siguientes requisitos indispensables: Pliegos o Estudios, Disponibilidad de Fondos, Documentos pre- contractuales

Cabe indicar que lo señalado en el anterior párrafo anterior son actos administrativos, que son elementos indispensables dentro de la viabilidad para poder satisfacer un requerimiento Institucional, a los cuales se tienen que sumar los siguientes: Sujetos (competencia y capacidad, Voluntad, Objeto, Forma, cada uno de ellos indispensable para la legalidad y legitimidad que tiene que tener estos procedimientos comunes de contratación.

Ley de Contratación Pública en el Art. 16 establece lo siguiente: una serie de documentos precontractuales, los mismos que responden a la necesidad que tiene la Institución para contratar, la misma que previo a remitir a la convocatoria a los oferentes, realiza una planificación interna estableciendo y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a presentarse resolver y esta dentro de su facultad decidir si aumenta algún requerimiento adicional a lo que determina el mencionado artículo

Ahora bien, dentro del proceso contractual, los contratos de la administración se manifiesta, a través de los siguientes pasos de carácter administrativo, técnico, jurídico, los mismos que tiene que tener una coordinación tanto en plazos a cumplirse, como en la ejecución misma de lo que la Institución decidió contratar.

Es necesario determinar que la Ley de Contratación Pública, tipifica con claridad y manifiesta que se observaran procedimientos a cumplirse de conformidad al presupuesto referencial, un contrato administrativo llevado a efecto sin licitación, sin concurso publico de ofertas, cuando es ordenada por la ley, es un contrato nulo, y de nulidad absoluta, en razón de que se encuentra viciado por su forma, nulidad que podría ser demandada tanto por la administración, como por el particular contratante, o por los terceros perjudicados ya que la misma Ley establece la "Prohibición de Subdividir Contratos,

Dentro de los subtemas de la tesis consta un proyecto de reglamento tipo para normar los montos inferiores al concurso público de ofertas el mismo que esta basado en las fuentes del Derecho Administrativo, y esta basado en la facultad legal que otorga la Ley de Contratación Publica a las Instituciones del Estado tal como lo señala el Art. 4 en su inciso 5.

Del análisis efectuado a través de la investigación realizada debo señalar que es factible estandarizar un reglamento tipo para todas las Instituciones del Sector Público que se encuentran determinadas en el articulo 118 de la Constitución Política de la República, en virtud, en virtud de que los procedimientos precontractuales como los contractuales que se utiliza para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios son similares y esto se debe a algunos factores entre ellos

- a) Las necesidades que tienen las Entidades del Estado son similares, ejemplo adquisición de suministros de oficina, ropa de trabajo "uniformes", arrendamiento de oficinas, compra de equipos electrónicos, adecuaciones de oficinas, obras civiles etc.

- b) Que los oferentes "proveedores" de las Instituciones del sector público son ya acreditados para contratar con el Estado, a más de son prestigiosas casas comerciales entre las que podemos citar: Paco, Juan Martcet, AKROS, IBM, ATU, entre otras.

Considero que es necesario que en este reglamento dentro de lo que establece el proceso precontractual de las adquisiciones, de ejecución de obras, y prestación de servicios, se encuentren establecidas las responsabilidades y atribuciones de cada uno de los funcionarios, ya que así se podrá establecer su grado de responsabilidad en la participación en este proceso.

El proyecto de reglamento tipo para normar los montos inferiores al concurso publico de ofertas, no solo tienen beneficio para las Instituciones del Sector Público sino también tiene como objetivo llegar a la empresa privada, para que conozca cual es el procedimiento que tiene que efectuar a fin de que pueda presentar su oferta y buscar los mecanismos legales para que esta pueda ser favorecida en el proceso de contratación.

5.2.- RECOMENDACIONES

El imprescindible contar con normas claras en materia de contratación pública, evitando los monopolios y promoviendo una competencia legal entre los oferentes, procurando que cuando el Estado cuando elabore los contratos los realice basado en estándares de calidad, en protección y beneficio del sector público.

El punto es contar con un binomio Estado-Empresa Privada que de manera conjunta aporten para maximizar la calidad de operatividad de las Instituciones del Estado.

Los modelos de desarrollo de los Estados más exitosos son aquellos donde ha existido alianza entre los sectores público y privado, donde el Estado facilita y viabiliza las condiciones para la empresa privada, los mismos que tienen que estar basados en los principios jurídicos de contratación pública para así transparentar todo el proceso precontractual y contractual de Contratación Pública.

Considero que es menester del Estado Ecuatoriano, estandarizar un reglamento tipo para normar montos para montos inferiores al concurso público de ofertas, ya que estos montos inferiores son los más usuales, rutinarios y se los practica a diario y sin contar con un instrumento legal esta quedando al albedrío muchos procedimientos legales precontractuales, los mismos que bien orientados en su aplicación priorizarían los gastos administrativos, el procedimiento se realizaría en forma dinámica, a más de que coadyuvaría a evitar la corrupción, ya que al dar lineamientos claros a los funcionarios que participan en este proceso.

Que este proyecto de reglamento aplicándolo en forma adecuada enseñáramos a la Empresa Privada, para que estas a su vez cuando remitan sus propuestas al sector público las hagan orientadas a satisfacer las necesidades institucionales en forma oportuna, con productos de calidad, y con precios de mercado. A más de de lo mencionado para que una oferta quede adjudicada se requiere una serie de requisitos de capacidades de la Empresa a fin de que esta contrate con el Estado, por citar ejemplos. No encontrarse como contratista fallido declarado por la contraloría General del Estado, Estar calificado dentro del Banco de Proveedores de cada Institución que requiere su oferta, entre otros requisitos.

Se tienen que establecer las atribuciones y responsabilidades de cada uno de los funcionarios del sector público que intervienen en este proceso precontractual, el mismo que permitirá saber dentro de una auditoria que tipo de responsabilidad acarrea su participación en caso de existir. Ya que considero que no es la misma responsabilidad la que tienen el proveedor que obtiene las ofertas, que los ordenadores de gasto y pago respectivamente.

Como este es un procedimiento precontractual que esta basado en la normativa legal que establece la doctrina y la Ley de Contratación Pública, es completamente viable mi propuesta en vista que abarca disposiciones legales complementarias que tienen como objetivo agilidad en el proceso de contratación así como reducir los costos que realiza la Institución cuando realiza la tramitación de adquisiciones, ejecución de obras y prestación de servicios.

Considero que la Instituciones del sector público deben incorporar mecanismos que favorezcan el crecimiento de las competencias de los servidores y satisfagan sus expectativas de progreso profesional; Pero lo

cual las diferentes áreas o direcciones que compone una Institución tiene que tener reglamentos flexibles que eliminen barreras y limitaciones formales esto es lo que se quiere al poner en vigencia en el reglamento propuesto.

BIBLIOGRAFIA

Cabanellas, Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Buenos Aires

Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones

Código Civil, Editorial Jurídica del Ecuador

Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Contraloría General del Estado, Modelo de Documentos Precontractuales.

Contraloría General del Estado Texto de informe para celebración de contratos.

Dormí, José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Astrea.

Enciclopedia Jurídica Ameba.

Escola, Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, Ediciones Desalma.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control,
Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Corporación de Estudios Y
Publicaciones.

Ley de Modernización del Estado, Corporación de Estudios y
Publicaciones.

Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación
Ciudadana, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Corporación de
Estudios y Publicaciones.

Sayagués Lasso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo,
Buenos Aires- Argentina.

AUTORIZACION DE PUBLICACION

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales, la publicación de esta Tesis, de su bibliografía y anexos, como artículo de revista o como artículo para lectura seleccionada o fuente de investigación.

Quito, junio 2005



ABOG. MARCO BOADA MARQUEZ
FIRMA DEL CURSANTE