

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, CON MENCIÓN EN
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

PROCESOS SIMPLIFICADOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN
IMPERATIVO EN EL SISTEMA VIGENTE DE CONTRATACIÓN

FERNANDO PROAÑO ALVARADO

2006

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Fernando Proaño Alvarado
21 de diciembre de 2006.*

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, CON MENCIÓN EN
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

PROCESOS SIMPLIFICADOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN
IMPERATIVO EN EL SISTEMA VIGENTE DE CONTRATACIÓN

FERNANDO PROAÑO ALVARADO

TUTOR:
DOCTOR GENARO EGUIGUREN VALDIVIESO

QUITO, 2006

RESUMEN

Como continuación del tema abordado por el autor en la monografía previo a la obtención del título de Especialista Superior en Contratación Pública¹ este trabajo pretende esencialmente examinar el estado de la contratación administrativa sujeta al régimen de la Ley de Contratación Pública, en lo que concierne a la **etapa precontractual**, en que comienza a tomar forma la voluntad administrativa, base del contrato público que prevé la sujeción a un procedimiento evidentemente anacrónico y que por consiguiente, a nuestro juicio, debe ser objeto de revisión y reducción firme. Con tal propósito el contenido de este trabajo, que se ha dividido en tres capítulos, hace referencia a ciertos conceptos preliminares, delibera sobre la elección o selección, que constituye o debe constituir la esencia de todo proceso de contratación para garantizar de inicio imparcialidad y transparencia; analiza la naturaleza jurídica de los concursos públicos, los sistemas de selección vigentes y precisa los aprestos y documentación de apoyo de orden técnico, económico y legal con que debe contarse obligatoriamente. Se pasa a analizar con sentido crítico la normativa de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, para concluir con una propuesta concreta de simplificación de los procedimientos de contratación vigentes; lo que responde a la pregunta central de esta tesis. Como colofón, se esboza un proyecto de reformas a la Ley de Contratación Pública.

¹ Fernando Proaño Alvarado, “Aplicación del régimen de excepción previsto en el artículo 58 de la Ley de Contratación Pública”, en *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*, editado por Genaro Eguiguren, Quito, Corporación Editora Nacional, Serie Estudios Jurídicos volumen. 16, Quito, 2001, pp 131-153.

Para Ximena, Verónica y
Marcela, que son la
razón de todos mis
empeños y empresas.

¡ Va por ustedes!

Mi más profundo
agradecimiento a la
Universidad Andina “Simón
Bolívar”, suscitadora del
pensamiento académico.

A los docentes del Programa
de Maestría en Derecho,
pues cada uno, sin reparos,
entregó sus conocimientos y
despertó el afán de
búsqueda y el debate con
relevancia jurídica.

Un especial gracias a
Genaro Eguiguren
Valdivieso que como tutor
orientó con erudición este
trabajo y cuya amistad
siempre será un privilegio.

A Ximena, Verónica y
Marcela que siempre han
confiado en mí.

ÍNDICE

CAPÍTULO I REFLEXIONES SOBRE LA ELECCIÓN O SELECCIÓN

1.1	CUESTIONES PRELIMINARES	9
1.2	REFLEXIONES SOBRE LA ELECCIÓN O SELECCIÓN	11
1.3	LOS CONCURSOS PÚBLICOS	22
1.4	SISTEMAS DE SELECCIÓN	24
1.5	SOBRE LOS APRESTOS Y DOCUMENTACIÓN DE APOYO DE ORDEN TÉCNICO, ECONÓMICO Y LEGAL.	25

CAPÍTULO II

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, ANÁLISIS CRÍTICO DEL MARCO REGULADOR DE LA ETAPA PRECONTRATUAL

2.1	DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES	29
2.2	FASES DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES	39
2.3	DE LOS DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES	40
2.4	DE LA OFERTA.- ANÁLISIS DE SU CONTENIDO	42
2.5	DE LA LICITACIÓN PÚBLICA, SU NATURALEZA JURÍDICA, Y REQUISITOS	46
2.6	DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS, DIFERENCIAS CON LA LICITACIÓN PÚBLICA.	49

CAPÍTULO III

PROPUESTAS PARA LA SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1	ARGUMENTACIÓN EN DERECHO.- JUSTIFICACIÓN	50
	3.1.1. PROPOSICIÓN PUNTUAL	53
3.2	DEL ORGANISMO A CARGO DEL REGISTRO	55
	3.2.1 FUNCIONES	56
	3.2.2 GOBIERNO Y DIRECCIÓN	58
	3.2.3 NO INCREMENTO BUROCRÁTICO	58
	3.2.4 DEL DIRECTORIO	59
	3.2.5 DEL DIRECTOR	59
	3.2.6 DEL PATRIMONIO DEL ORGANISMO	59
	3.2.7 DE LOS INGRESOS DEL ORGANISMO	59
3.3	DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE	60
	3.3.1 CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO	61
	3.3.2 CONTENIDO DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE	62
	3.3.3 CATEGORIZACIÓN	63

3.3.4 REFLEXIONES SOBRE EL EQUIPO	66
3.3.5 PERSONAL	67
3.4. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y TRÁMITE	67
3.4.1 TRÁMITE DE LA LICITACIÓN	69
3.4.2 TRÁMITE DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS	70
3.4.3 DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS	70
3.5 DEL PLIEGO DE CONDICIONES	71
3.5.1. PROYECTO DE CONTRATO	75
3.5.2 CAUSAS DE RECHAZO	75
CONCLUSIONES	75
RECOMENDACIONES	76
BIBLIOGRAFÍA	90

CAPÍTULO I.-

La **palabra** es patrimonio del ser humano, en su devenir en la serie de acuerdos o compromisos que constantemente asume, de cuyo cumplimiento depende la paz social en la que la mediación del Derecho es determinante como guía de la conducta humana, y arbitrio eficaz para la solución de conflictos.

1.1. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Como bien propone Fernando Savater, la acción que es lo que diferencia al humano de los otros seres, se desarrolla en su ambiente natural específico que es la sociedad. “La acción no es una capacidad optativa de los humanos, sino una necesidad esencial de la que depende nuestra supervivencia como individuos y como especie.”²

Esa acción que es intencional, para que trascienda, debe someterse a ciertas pautas, y comunicarse a través del lenguaje, de la palabra. Palabra que en la acepción común involucra un sonido escueto o compuesto para expresar una idea a viva voz o mediante la escritura, pero que también sobrelleva una **Oferta, compromiso.**

Sobre la eficacia de la palabra cabe citar:

Trascendencia. La de la palabra en el Derecho, aun en un sentido recto, de locución humana o de constancia gráfica de la misma, es capital; porque todo el Derecho escrito (v.), que constituye casi todo el Derecho positivo actual, integra un conjunto más o menos sistemático y justo de palabras; todas las obligaciones, contratos y testamentos, formulados verbalmente o

² Fernando Savater, *El valor de elegir*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003, pp. 18

por escrito, son también cuerpos de palabras... e incluso nada más que palabras si no se cumplen.³

La palabra como empeño que hace uno de su fe o probidad se conoce como palabra de honor que es una afirmación o promesa en que se compromete la propia dignidad como refuerzo del empeño adquirido o del ofrecimiento hecho. Constituye una especie de juramento (v.) por los valores morales del individuo, al que cabe afrentar si incumple tan solemne declaración.⁴

Palabra que como acuerdo, es precisamente la más vulnerable, quizá hoy más que antes pues es común oír referencias en el sentido que la palabra empeñada era más importante que cualquier papel escrito y que se la cumplía inexorablemente. “La palabra tenía mucho valor. Cuando te comprometías a algo, lo cumplías a toda costa, aunque salieras perdiendo, y los acuerdos se sellaban con un apretón de manos.”⁵ Costumbre que actualmente se ha devaluado en cuanto al empeño y ha llevado a la necesidad de que toda actuación deba ser reducida a escrito, “a menudo con formalidad jurídica o de modo solemne”⁶ para que constituya testimonio expreso.

Claro que por la propia complejidad del acontecer social resultaría inviable que todo se confíe a la palabra o a la memoria, pero en contrapartida tampoco es concebible que todo absolutamente deba constar por escrito. Es lugar común aquello de **reducir a escrito**. Reducir en el sentido de someter, traducir, convertir; mas también y principalmente en nuestra opinión, como sinónimo de

³ Guillermo Cabanellas *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual 12ª. Ed. Bs. Aires, 1979, V, p. 51*

⁴ *Ib.* p. 52

⁵ Victorino Martín García, *Victorino por Victorino*, Editorial Espasa Calpe, S.A., Carretera de Irún, km 12,200.28049, Madrid, 2000, p.37

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Espasa Calpe S.A. 1992, p. 386

disminuir, ¿porque, quién lee hoy un texto extenso, por erudito que sea? ; el vértigo informativo actual demanda de concisión y celeridad.

Sin duda, una motivación que cuenta con esencial presencia es la ausencia casi absoluta de confianza, lo que lleva a que se procure una certificación o testimonio sobre la existencia, veracidad o legalidad de un acto o contrato. De ahí que entre los deberes que la Constitución Política impone a los ciudadanos, se halle el de “Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada”;⁷

Precepto con el que se quiere restringir la excesiva informalidad de que se hace alarde en actos y contratos. Conducta inherente al ser humano como hemos visto.

1.2. REFLEXIONES SOBRE LA ELECCIÓN O SELECCIÓN.-

Abramos estas reflexiones con una certeza: es obligación primaria del Estado, la de satisfacer de la mejor manera las necesidades públicas, lo que se encuentra señalado en el ordinal 7 del artículo 23 de la Carta Política que establece una serie de derechos civiles de las personas: “El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características,”⁸

Aquí cabe un juicio de valor para dejar sentado que este trabajo no pretende ingenuamente partir de una situación que bien sabemos, pertenece al **deber ser** que involucra el precepto constitucional, puesto que el **ser** es bastante diferente a ello, pero pensamos que el **ser** y el **deber ser** abstracto pueden armonizarse con propuestas concretas y prácticas.

⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 97, ordinal 8.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, óp. cit.

La contratación administrativa y dentro de ella, la contratación pública que involucra un acuerdo entre el Estado a través del ente público y un particular, es la que propicia la prestación de un servicio o la realización de una obra, que por **mandato constitucional**, deben ser de óptima calidad.

Luego, la autonomía de la voluntad, característica en el acuerdo privado en el que la ley reconoce la libre determinación de las partes (obviamente con los límites que trazan la moral y la buena fe), está vedada en la contratación administrativa.

Del contrato público dimanar derechos y obligaciones recíprocas para los otorgantes, pero la causa (motivo que mueve al ente público a celebrar el contrato)⁹ y los fines que busca: “El Estado no persigue fines de lucro, su fin es dar satisfacción a las necesidades públicas objetivas y, por tanto, toda prestación que él reciba quiere y debe tener una contrapartida equivalente que él paga”¹⁰, es lo que marca la diferencia, ya que en oposición a lo que sucede en el contrato privado cuya motivación esencial es procurar un beneficio económico, aquél debe **orientarse**¹¹ a satisfacer las necesidades colectivas, lo que significa defender el interés público que, por consiguiente, **justificaría** la desigualdad de las partes, en que la administración tiene evidentemente una situación de privilegio frente al particular; lo cual sin embargo, se opone diametralmente a que el Estado pueda actuar arbitrariamente, sino ceñido - limitado - estrictamente a lo que prescribe la Ley al respecto (en virtud del principio de legalidad) incluido en el primer inciso del artículo 119 de la Constitución: “ Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y

⁹ Codificación del Código Civil.- Art. 1483 R..O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹⁰ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.. Calle 13 No. 7-12, Bogotá, D.C.-Colombia 2004 p. 46

¹¹ Utilizo a propósito esta expresión, en lugar de **se orienta**.

los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.”¹²

Por la innegable importancia de los contratos públicos, que con el consentimiento, la participación indispensable – para muchos autores, **colaboración** - del particular, permiten al Estado cumplir su finalidad esencial, y constituyen notable factor del aparato productivo, dinamizador de la economía, básicamente al promover la inversión, requerir de insumos de la industria, generar empleo, etc., el individuo privado que se vinculará con el ente público debe poseer ciertas virtualidades – aquí entra ya en juego el elemento selectivo - y admitir las condiciones y requisitos que en uso de sus facultades establece la Administración; lo que de hecho supone una restricción a la libertad contractual para el particular, y entendemos, encuentra justificación en la **causa** de los contratos públicos.

“La finalidad de los contratos administrativos coincide con lo que persigue el Estado, el interés general. Pero ello no significa, en modo alguno, que se descuiden los intereses individuales garantizados por las normas constitucionales y legales del país.”

Si bien aún es difundido el criterio de que “En el contrato estatal las partes son desiguales, hay una relación de subordinación que no de colaboración.”¹³, es cada vez más acusada la tendencia a eliminar tal desigualdad o al menos a reducirla, a facilitar las cosas, aunque en nuestro ordenamiento positivo las prerrogativas del Estado se mantienen. Es lo que se conoce como cláusulas

¹² Constitución Política, óp.cit.

¹³ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, óp. cit., p. 44

exorbitantes¹⁴ y que determinan el rompimiento de la **igualdad** entre los contratantes, lo que resulta inconcebible en el ámbito del Derecho Privado.

La tendencia comentada, en la situación manifiesta que vivimos: la globalización, que está ahí como el aire que respiramos y a la que, por tanto, no podemos sustraernos bajo pena de negar una evidencia y aislarnos, como afirma con acierto Fabián Corral B., debe ser admitida en nuestro Estado de Derecho que como fundamental muestra de soberanía, limita el accionar del Estado.

En el “Estado constitucional”, sucedáneo del “Estado legislativo” la Constitución contiene a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho. En

¹⁴ Que no pueden ser adoptadas por la administración en forma ilimitada ni arbitraria, sino que deben ajustarse perfectamente a los términos permitidos por la ley y por efectivas razones de interés público. Principalmente se refieren a las atribuciones de ampliar, reducir o complementar el alcance de los contratos, dentro de estrictos límites legales;a la ejecución coactiva..... ; a la imposición de multas; a la determinación de garantías; y a la terminación unilateral del contrato. Marco Idrovo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, Ed. Época, Quito, 1984, p. 51

realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza.¹⁵

Estado que en ese escenario de gracia, debe preocuparse por el bienestar del gran conglomerado social y que para conseguirlo debe fomentar por una parte la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra, intervenir corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos, de quienes a la vez, necesita (colaboración) para hacerlo.

Lo dicho nos da pie para referirnos a lo que atañe a los pasos y requisitos previstos en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que deben llenar los particulares para contratar con el Estado, con una propuesta de simplificarlos:

Al respecto, si bien según la sutil proposición de Benjamín Herrera: “El principio de economía en los procedimientos contractuales es distinto de la economía del contrato, como que aquél tiende a contener la voluntad de simplificar el proceso contractual, agilizando la labor administrativa”¹⁶, a nuestro juicio, la reducción de procedimientos en la etapa precontractual, también incide determinadamente en la economía del contrato, puesto que una contratación expedita, oportuna, siempre alcanzará beneficios al estrechar plazos (lo que propicia ahorro de esfuerzos y recursos); y al evitar el incremento en los precios que el avance del tiempo conlleva; amén de los beneficios inmediatos que acarrea una obra, bien o servicio prestados con eficiencia y diligencia.

¹⁵ Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, Editorial Ariel, S.A. Avda. Diagonal, 662-664 – 08034 Barcelona, 2006, p. 17.

¹⁶ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, óp. cit. p. 67.

Para referirnos a la selección, como primer apunte, corresponde hacer mención de la Norma Constitucional que en su artículo 23, ordinal 18 establece “La libertad de contratación, con sujeción a la ley”.¹⁷ Libertad que, por tanto, se halla **limitada** por lo que disponga la ley al respecto. Es decir, que la posibilidad de libre contratación se halla también restringida para el ente público, lo cual si bien, como venimos sosteniendo, encuentra explicación en el propósito del Estado: el interés general, ello no significa, en modo alguno, que se descuiden los intereses individuales garantizados por las normas constitucionales y legales del país.”¹⁸

En el tema que nos motiva, de una revisión primera de la Ley de Contratación Pública se sigue que lo imprescindible, imperativo, **común** para utilizar el enunciado preciso de la ley, “Para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil”¹⁹ es la selección o elección, y lo excepcional, aunque no rotundamente como tendremos ocasión de comprobar, es la contratación directa o sin procedimiento de elección.

“Selección.- Elección entre varias personas o cosas, preferencia, lo mejor de una colectividad o clase, representación de mayor mérito o calidad.”²⁰

Para establecer lo mejor de una colectividad, lo de mayor mérito o calidad, aunque ello realmente, en buena medida, tan solo quede escrito, debe analizarse ciertas cualidades, como idoneidad, capacidad, moralidad, etc.”Los contratos se celebran previo un proceso riguroso de selección del contratista

¹⁷ Constitución Política, *óp. cit.*

¹⁸ Marco Idrovo Arciniega, *óp. cit.* p. 49

¹⁹ Ley de Contratación Pública.- Artículo 4, inciso primero

²⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, óp. cit., VI, p. 94*

que garantiza su existencia, su capacidad, su representación, su competencia, su solvencia, su moralidad y su idoneidad.”²¹

El Estado, según el riguroso dogmatismo vigente, que se apoya en la muletilla de la repercusión del contrato público, está obligado siempre que ello fuere posible, incluso en los casos de **urgencia**, a efectuar un procedimiento de selección de su cocontratante. Mas es claro que no por establecer en una tramitación más requisitos, o tornarlos de difícil cumplimiento, el resultado necesariamente será escoger al mejor. Incluso, puede ser contraproducente pues conocido es el aforismo, “hecha la ley, hecha la trampa”.

Las exigencias por el contrario, deben ser claras y precisas, de fácil acceso y propiciadoras de la concurrencia.

Claro está, no estamos patrocinando el facilismo ni la **comodidad** con tufillo a connivencia, que va por otros derroteros y rápidamente acaece en hechos sesgados que en cualquier momento constituirán un fiasco como el de **e-vote**²².

La selección como argumento definitivo, debe ser rigurosa para asegurar que el virtual, posible, contratista de la administración exista legalmente, goce de solvencia en la más cabal acepción, y tenga capacidad y experiencia para lo requerido.

²¹ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, óp. cit. p. 47.

²² “Consortio” contratado por el Tribunal Supremo Electoral para efectuar el conteo **rápido** de los resultados preliminares obtenidos para Presidente de la República del Ecuador, y representantes al Congreso de los diputados en los comicios del año 2006. Tribunal al que hasta el momento de elaboración de este trabajo no le salían las cuentas y tambaleaba sin rumbo. Penosa circunstancia para el País que no es de modo alguno casual puesto que ese organismo, apelando a la manida **emergencia** trastocó procedimientos y prescindió de las mínimas seguridades, con responsabilidad incuestionable a cargo del **contratante**, representado por los inefables **magistrados** de ese Tribunal **in sólido** con el fantasmioso **consorcio**.

Pero a tan severa selección, en nuestra opinión deben someterse los particulares **ex ante**, constituir una suerte de condición – como sinónimo de estado – inmanente, un planteamiento o situación subyacente.

Propuesta que no es paradójica, como sí lo es la patética situación a que nos conduce el sistema actual, de tener que cumplir para cada llamamiento, casi siempre a toda prisa requisitos y proporcionar documentos, credenciales, instrumentos, recaudos y justificativos, en una repetición indolente, pernicioso y propiciadora de desviaciones y anomalías que desalienta, abate a las partes en **contienda**, en las que, además, y sobre todo, se evidencia la ausencia de cultura de honrar la ley, la que casi siempre se pasan a la torera, muchas veces cierto es, debido a la excesiva **rigidez** de la normativa y de los encargados de aplicarla.

Debemos postular y esta es nuestra idea, por la supresión de pasos anodinos, innecesarios, sin que ello atente contra una adecuada selección.

Ahora bien, como principal característica todo procedimiento de selección debe ser **público**, de suerte que pueda participar en él cualquier persona que cumpla los pliegos o bases y requisitos exigidos en la ley; como también que a todo el proceso tenga acceso la colectividad, lo que le conferirá transparencia.

En contratación pública a diferencia de lo que sucede en materia de consultoría, (en que la Administración **busca al mejor en una actividad** para la prestación calificada de un servicio de carácter intelectual), lo que se propende es conseguir **la mejor oferta**, como sinónimo de la más conveniente al interés público, traducido esencialmente en la necesidad de medir el gasto de sus exiguos recursos.

Si en toda relación contractual conmutativa, lo natural y legítimo es procurar el beneficio de los contratantes, en el caso del Estado, tal perspectiva debe tornarse en objetivo, por el interés público que preserva y así, en la etapa de elección debe propiciarse todas las facilidades para conseguir la oferta más económica, más eficiente en el orden técnico y que según la experiencia que acredite el oferente, ofrezca las mayores garantías de formalidad en la ejecución.

Es necesario pues, garantizar en los procedimientos de oposición transparencia, apertura, equilibrio (igualdad de oportunidades de los participantes) y divulgación - a los que añadimos **celeridad** -, lo cual se vierte en los consabidos principios jurídicos de:

- a) Oposición o concurrencia
- b) Igualdad
- c) Publicidad.

a) Oposición o concurrencia.- Tiene como objeto la presentación del mayor número posible de ofertantes, quienes cumpliendo con los requisitos precontractuales, den lugar a la elección de la propuesta más ventajosa a los fines institucionales.

Se opone a la presencia de ofertas únicas, toda vez que las mismas no pueden ser comparadas y no se puede por lo tanto establecer su real conveniencia...

b) Igualdad.- Implica la participación de los ofertantes en idénticas condiciones, la administración debe darles el mismo trato a todos, lo cual implica el que por ejemplo todos los documentos precontractuales entregados sean iguales.

En base a este principio, no se podrían aceptar las 'ofertas alternativas', a menos que las mismas hayan estado previstas,...

c) Publicidad.- Este es un principio complementario de los dos anteriores, implica que toda actuación de la administración, con las restricciones del caso pueda ser conocida por los ofertantes...²³

Hoy la nueva era tecnológica, proporciona una serie de mecanismos y herramientas, en cuya utilización han emprendido con interés varios países, como Chile, Argentina, Colombia, con nueva normativa contractual:

...En efecto, el decreto que entramos a analizar dedica buena parte al desarrollo del postulado de la publicidad, que en este caso no sólo se materializa con la utilización de los medios de difusión tradicionales de las distintas actuaciones contractuales, sino que obliga a las entidades estatales que dispongan de la debida infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad de la información, que tales actuaciones deban darse a conocer al público en general. Este mandato legal constituye un avance importante, acorde con las nuevas exigencias del mundo actual de estar todos interconectados en una sociedad globalizada, que en igual forma patrocina la observancia de principios constitucionales de orden económico, tales como el de la libre competencia del artículo 333 de la C.P, y en el caso concreto la verificación de la libre competencia.²⁴

En el País, el recurrir a las herramientas informáticas, es primario: **contratanet** (sistema oficial de información de contratación pública), a cargo de la Comisión

²³ Aurelio Garófalo Salazar, *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*, PUDELECO EDITORES S.A. pp. 13, 14

²⁴ Juan Carlos Expósito, "Alcance y ámbito de aplicación del Decreto 2170 de 2002. Aspectos más relevantes, en especial la contratación electrónica", en *Gobierno Digital tendencias y desafíos*, compilado por Marco Peres Useche, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 205.

de Control Cívico de la Corrupción, conforme al Decreto Ejecutivo No. 122, publicado en el Registro Oficial No. 25 del 19 de febrero de 2003 se halla en inicios y no constituye como lo requiere el actual momento, una red informática en la que se encuentren al instante la información y correlación necesarias.

Además, el sistema resulta restrictivo pues se orienta a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva, cuando en contraste, la Ley de Contratación Pública involucra a todo el Sector Público.

La publicación de los procedimientos precontractuales relativos a la adquisición de bienes y servicios, y construcción de obras, cuyos presupuestos referenciales superen una cifra cuyo valor resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 (2 millonésimos) por el monto del Presupuesto General del Estado del correspondiente Ejercicio Económico, está sujeta “a la normativa interna de cada entidad”, a tenor de la parte final del penúltimo inciso del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 1565 de 20 de junio de 2006.

Con lo que al menos los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva están obligados, a partir de septiembre de 2006 (según lo dispuesto en la Disposición Transitoria del Decreto en cuestión), a publicar en el sistema oficial de información de contratación pública, casi todo lo que atañe a la etapa precontractual, en los trámites de adquisición de bienes y servicios, y construcción de obras.

Del acceso a **contratanet** he podido verificar que el cumplimiento de lo dispuesto es incipiente, lo cual quizá obedecerá a la falta de cultura de información. Pero la obligación a hacerlo está vigente y constituye un buen inicio que puede y debe perfeccionarse como dispositivo apropiado para lograr concisión y eficacia, puesto que sin remedio el País se enfila hacia la

contratación electrónica dentro del mundo virtual, que requiere de respuestas virtuales que constituyen otro instrumento para dar celeridad a este tipo de trámites.

1.3. LOS CONCURSOS PÚBLICOS.-

El artículo 249 de la Constitución Política dispone;

“Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley...”

Concomitantemente, en el artículo 23 que trata de los derechos civiles preceptúa en el ordinal 18 que el Estado reconocerá y garantizará a las personas la libertad de contratación, con sujeción a la ley.”

De donde se deduce que el Estado para cumplir sus objetivos, al hallarse limitado en su accionar para cumplir por sí todas sus obligaciones, debe necesariamente requerir la participación de los administrados; esto es, de los particulares. Lo cual, aunque no mediante norma expresa, se recoge en la actual Codificación de la Ley de Contratación Pública al hablar de “contratista”, “oferente”, “proponentes” en varios parajes, en evidente alusión al **particular** que aspira a relacionarse contractualmente con el Estado.

De la misma disposición constitucional se desprende, cuando se remite “a la Ley”, que al Estado no le está permitido contratar libremente con cualquier particular, puesto que debe necesariamente sujetar su actividad a los pasos y requisitos - procedimiento - que expresamente le marca la ley; y por su parte

el particular, eventual contratista de la entidad pública, como ya hemos enunciado, también debe obligatoriamente cumplir la serie de requisitos que le impone la administración. Luego, tanto para la administración, cuanto para el particular, en materia de contratación pública, su actividad se halla acotada, con lo que en rigor, el ponderado principio de **conurrencia**, no es rotundo; en verdad, no puede serlo pues al llamado público, solo pueden **concurrir** los particulares, potenciales contratistas que acrediten ciertas capacidades.

Por tanto, las restricciones, derechos y obligaciones -necesarias por lo demás -que la ley establece para las dos partes, son las que patrocinan lo que conocemos como **Concursos Públicos**.

Concurso que en uno de sus sentidos supone la **conurrencia** en cuya virtud el Estado para garantizar la validez de sus actuaciones, tiene la obligación de promover la participación en los procedimientos precontractuales, del mayor número de personas **que acrediten los requisitos que al efecto se hubieren establecido**, en función de la naturaleza del bien, obra o servicio que se requiera contratar.

En el régimen de la Ley de Contratación Pública en vigencia, este principio particularmente es de rigor en la Licitación, el Concurso Público de Ofertas, las contrataciones de menor cuantía,²⁵ y las contrataciones sujetas al **régimen de excepción**.²⁶ Luego, en contratación pública prevalece la selección.

²⁵ Artículo 4 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que habla de los procedimientos precontractuales, para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil.

²⁶ Establecido en el artículo 6 Íb, por lo previsto en la norma del artículo 5 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, excepto únicamente para el caso de las contrataciones de ejecución de obras y prestación de servicios tramitados al amparo de la letra a) del artículo 6 de la Ley, en que se puede adjudicar directamente los contratos sobre la base de los precios unitarios o costos determinados por la correspondiente entidad, bajo su responsabilidad.

Selección que no envuelve una negación como pudiera pensarse, a lo que entraña la propuesta de este trabajo, pues lo que propugnamos es un proceso de selección riguroso sí, pero sin trabas, misterios ni ambigüedades.

1.4. SISTEMAS DE SELECCIÓN.

En la Doctrina al **concurso** se lo tiene como un ejercicio definitivo de **selección**, como un medio **reglado**²⁷ de contratación, esencialmente **formal** al exigir el cumplimiento de procedimientos preestablecidos.

Partiendo de la licitación²⁸, existen casi como privativos en los contratos regidos por normas de orden público, ciertos sistemas de selección que no son más que matices, derivaciones de la puja, subasta, remate, concurso, forcejeo, pugna. Acepciones, alcances o representaciones del vocablo **licitación**.

Los organismos internacionales de crédito suelen denominarlas, en atención básicamente a la cuantía de la contratación, licitación de mayor cuantía, licitación internacional, licitación de menor cuantía, etc.

Hoy claro está se incursiona en la licitación electrónica utilizando la red.

Empero lo ciertamente relevante, sin importar el sistema de que se trate, es la oposición o sucesión de ofertas en franca **puja**²⁹: suerte de desplazamiento para conseguir aventajar a los concurrentes.

En nuestro sistema tenemos la Licitación y el Concurso Público de Ofertas, procedimientos mediante los cuales el Estado escoge al futuro contratista con quien, vía contractual llenará una necesidad pública. Procedimientos a los que nos referiremos más adelante.

²⁷ Que exige la actuación de la administración con estricta sujeción a la ley.- Marco Idrovo Arciniega, *óp. cit.* p. 20

²⁸ Venta o compra de una cosa en *subasta* o *almoneda*, Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, óp. cit., IV, p. 202*

²⁹ Término sugerente, casi onomatopéyico que ilustra lo que se da en este procedimiento.

1.5- SOBRE LOS APRESTOS Y DOCUMENTACIÓN DE APOYO DE ORDEN TÉCNICO, ECONÓMICO Y LEGAL.-

El ente público para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obras o servicios no regulados por la Ley de Consultoría, debe revelar sus necesidades o pretensiones de una manera explícita; dar a conocer los contingentes con que cuenta para conseguir del particular las prestaciones requeridas, y anunciar las reglas a las que tal transacción ha de someterse. Todo esto como se ha dicho, con estricto apego a la normativa aplicable, y divulgarlas sin reservas para conseguir concurrencia efectiva, claridad y vigilancia.

Las necesidades o pretensiones deben hallarse amparadas por los análisis y estudios suficientes, materializados en documentación técnica actual³⁰ y apoyada en recursos económicos para adquirirlos. Esto último, como condición sine qua non en general para adquirir cualquier tipo de compromiso, obligación, convenio o contrato, conforme lo previsto entre otras, en las normas de los artículos 15 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, 58 y 121 de Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y 33 de la Ley de Presupuestos del Sector Público³¹

³⁰ “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.”.- artículo 14 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, óp. cit.

³¹ Codificación de la Ley de Contratación Pública:

Art. 15.- **DISPONIBILIDAD DE FONDOS.**- 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 el 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.

Aspecto éste, de fundamental relevancia, para garantizar uniformidad y equidad en una relación bilateral, sinalagmática, conmutativa en la que como tal, los derechos y obligaciones de las partes deben ser estrictamente equivalentes, sin que se pueda exigir a una sola de ellas el cumplimiento de la

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.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control:

Art. 58.- **Requisitos para contraer compromisos y obligaciones.**- Ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente.

Los contratos cuya ejecución deba durar más de un período presupuestario podrán celebrarse cuando el presupuesto vigente contenga la asignación y disponibilidad suficiente para cubrir el costo de la parte que deba ejecutarse en el período. Para el cumplimiento total de las obligaciones derivadas de estos contratos se establecerán asignaciones suficientes en los presupuestos de cada período subsiguiente.

Art. 121.- **Contratos de endeudamiento externo.**- Las entidades y organismos del sector público, para adquirir compromisos o celebrar contratos de endeudamiento externo con prestamistas de cualquier índole, inclusive proveedores, requerirán de aprobación previa del Ministerio de Economía y Finanzas y se sujetarán al trámite previsto en esta sección.-

Ley de Presupuestos del Sector Público:

Art.33.- **Competencia Funcional.**- Conforme a las normas de funcionamiento de cada entidad u organismo del sector público, se determinarán los funcionarios y ámbitos de competencia, para comprometer gastos y realizar pagos con cargo a los presupuestos aprobados. De dicha determinación se informará al Ministerio de Economía y Finanzas.

Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y exista el saldo disponible suficiente. Los funcionarios que violaren esta disposición serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

Codificación de la Ley de Responsabilidad Estabilización y Transparencia:

Art. 41.- **Establecimiento de compromisos.**- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva asignación presupuestaria y el saldo disponible suficiente. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales o internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.

Ninguna entidad u organismo del sector público podrá contraer o autorizar compromisos u obligaciones o celebrar contratos cuya ejecución deba durar un año o menos, si no existiere la correspondiente asignación presupuestaria con el saldo disponible suficiente para el pago completo de la obligación.

Los contratos cuya ejecución deba durar más de un período presupuestario podrán celebrarse cuando el presupuesto vigente contenga la asignación y disponibilidad suficiente para cubrir el costo de la parte que deba ejecutarse en el período, la cual deberá ser como mínimo el valor resultante de dividir el costo total del contrato para el número de años de su ejecución.

Para el cumplimiento total de las obligaciones derivadas de los contratos a los que se refiere el inciso anterior, se establecerán las asignaciones necesarias en los presupuestos de cada período subsiguiente, las que deberán corresponder al cronograma de cumplimiento de las obligaciones contractuales o de la ejecución del proyecto. Cuando no se devengue el valor total presupuestado en cada año, los valores necesarios deberán asignarse en los años siguientes en función de la programación financiera.

prestación, si la otra a su vez no la cumple. Luego, con anterioridad a cualquier contratación el ente público debe asegurar la existencia y términos del financiamiento a fin de que en la ejecución contractual, los pagos que deba efectuar a sus contratistas se los haga en la forma y plazo previstos en los respectivos contratos.

A fin de proporcionar al contratista liquidez y sobre todo garantizarle las prestaciones debidas, en prevención de lo que es común en el sector público, en que por obra del desorden que campea y por falta de previsión, se **reasignan** recursos sin previo aviso, un instrumento que viene tomando impulso, es la constitución de fideicomisos mercantiles³² que preserven los recursos y garanticen su utilización predeterminada.

Otro mecanismo útil sería el constituir a las planillas o facturas como Título Valor, a la orden, libremente negociable, ejecutivo y pagadero a la vista, en cualquier mercado público o privado.

Al efecto, vencido el plazo para el pago sin que se haya efectuado, la entidad deberá otorgar, sin perjuicio de su obligación de pago, un **Certificado de Planilla Aprobada**, en el que constará el valor, interés, vencimiento, beneficiario y demás datos que identifiquen la obligación pendiente. Certificado que representará la obligación.

³² Contrato en virtud del cual en este caso el Estado como constituyente transfiere de manera temporal e irrevocable, bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporeales (lo que incluye por tanto recursos financieros), que existan o se espera que existan, a un fiduciario para que los administre, a fin de llevar adelante un proyecto (en este caso por ejemplo, una obra pública) con arreglo a lo estipulado en el contrato de fideicomiso que deberá celebrarse. El patrimonio autónomo o fideicomiso mercantil en conformidad con la Ley de Valores, no puede ser objeto de medidas precautorias, ni embargo por deudas u obligaciones de los comparecientes y estará afecto exclusivamente al fin establecido de manera irrevocable en el contrato de constitución del fideicomiso; de ahí que con este instrumento que no es más que una ficción jurídica, se logra asegurar el flujo y la disponibilidad de recursos y su utilización exclusiva en el contrato administrativo.

Nos hemos detenido en este aspecto por creerlo esencial, puesto que frente a la prestación a cargo del particular (que en suma constituye una vía en doble sentido) debe garantizarse el pago del precio, no solo como providencia primera en sí; si no para preservar la integridad y ejecución de la obra o la provisión del bien o servicio de que se trate.

Toda esta documentación de orden técnico, económico y legal (proyecto de contrato básicamente, definiciones, fijación de términos, plazos y organización del proceso), ha de incorporarse en los que se denomina **Documentos Precontractuales**, Bases o Pliegos de Condiciones³³ a los que nos referiremos más adelante.

CAPÍTULO II.-

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, ANÁLISIS CRÍTICO DEL MARCO REGULADOR DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Pasamos a analizar con sentido crítico la dogmática actual de la etapa precontractual, que en nuestra opinión resulta anacrónica e inconveniente para la eficacia que se busca. Eficiencia que como hemos venido evidenciando es la propensión actual en los denominados procesos de adquisiciones o de

³³ Partes congruentes del Artículo 16 de la ley de Contratación Pública, óp cit. :

- a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago;.....
- d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación;....
- “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 discapacitadas;
- h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo
- j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,
- k) Principios y criterios para la valorización de ofertas.

contratación de ejecución de obras, suministro de bienes o servicios conducentes a satisfacer por parte del Estado las necesidades públicas.

2.1. DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES.-

La Codificación de la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001, a que ya nos venimos remitiendo, dispone en su artículo primero que se sujetarán a sus disposiciones, el Estado y las entidades del sector público - según las define la Constitución Política en su artículo 118³⁴ - que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

El artículo dos dispone que no se ciñan a sus normas los contratos que detalla y se supeditarán a un **régimen especial**.

El artículo cinco por su parte manda que se inscriban en los **procedimientos especiales** contemplados en esa misma ley, las contrataciones relativas a la adquisición de bienes inmuebles, las de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y las que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro.

Procedimientos éstos que no serán abordados en este trabajo, pero respecto de los cuales sí interesa comentar que a nuestro juicio, salvo los casos

³⁴ Constitución Política.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, 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 creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,
 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Estos organismos y entidades integran el sector público.

subordinados a **régimen especial** (que se excluyen manifiestamente del régimen de la Ley de Contratación Pública) y las contrataciones que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro, dependientes de **procedimientos especiales**, la adquisición de bienes inmuebles, el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, constituye materia extraña a la Ley de Contratación Pública, pues en rigor corresponden a la categoría de contratos con connotación meramente privada, por lo que deberían excluirse de su texto y sujetarse a las normas generales de orden civil (Código Civil, Ley de inquilinato, etc.) Las contrataciones que congruentemente deben regularse por parte de la Ley de Contratación Pública son las requeridas para la ejecución de obras; la prestación de servicios públicos y los de suministro de bienes muebles.

La Codificación de la Ley de Contratación Pública regula las etapas **precontractuales** y de ejecución o contractual.

En el artículo tres se establece que los procedimientos precontractuales, son comunes y especiales.

PROCEDIMIENTOS COMUNES.-

Hay que anotar que en virtud de las reformas introducidas a la ley 95 (de Contratación Pública) a través de la Ley 2000-4, publicada en el registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000, se redujo a dos los procedimientos comunes que antes de la reforma eran cuatro, a saber: Licitación, Concurso Público de Ofertas, Concurso público de Precios y Concurso Privado de Precios. División inepta, e innecesaria, amén de los procedimientos de menor cuantía y los de excepción previstos en esa Ley.

Hoy, el artículo cuatro de la Codificación de la Ley de Contratación Pública ordena que para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, se observarán los procedimientos de conformidad con la cuantía del correspondiente presupuesto referencial: Licitación y Concurso Público de Ofertas, lo cual al reducir los procesos, establece un relativo avance en pro de cierto ahorro de procedimientos.

Procedimientos precontractuales comunes que se determinan en función de las correlaciones entre la cuantía del pertinente presupuesto referencial, el presupuesto inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Fiscal y el coeficiente establecido para cada trámite.

Se mantienen las contrataciones de **inferior cuantía**, que en doctrina se conocen también como de libre gestión, cuyos contratos sin seguir las reglas de Licitación o Concurso, deben sujetarse a las normas reglamentarias puntuales que para el efecto dicte cada organismo contratante, que siempre admiten un procedimiento de elección que en no pocos casos resulta ambiguo. Sobre los parámetros establecidos para los procedimientos comunes, presupuesto referencial y el factor, caben estas reflexiones:

En cuanto al primero, es extendida la tendencia en la Administración a elaborar presupuestos referenciales cicateros, por tanto, irreales. Ello como producto de la desactualización y deficiencia inveterada de estudios y diseños, y de la escasez de recursos económicos; lo que a su vez sin duda es obra de la imprevisión ya que los presupuestos institucionales se consumen sin orden ni concierto, sin atender a una **planificación** o programa previos (al margen de

lo que dispone la Constitución Política en el artículo 254); si no a exigencias políticas y de coyuntura, aparte del verdadero atraco que representan la comisión de actos reñidos con la moral, que en este trabajo solo cabe enunciarlos, mas no ahondar en ellos puesto que su análisis pertenece a nuestro juicio, a la Sociología o a la Ética.

La falta de planificación ocasiona que aún existiendo recursos, éstos no puedan utilizarse. Es penoso comprobar que las más **eficientes** entidades públicas solo logren cumplir (léase gastar) sus presupuestos anuales en alrededor de un sesenta por ciento.

Por el contrario, la planificación y el uso de los recursos públicos en gasto de inversión, se exige en las contrataciones financiadas por organismos multilaterales de crédito. Reclamación que debe tomar carta de naturalización definitiva e inapelable en nuestro sistema de contratación administrativa si pretendemos tornarlo racional y eficaz. En el tema vial, determinante para el desarrollo del País, debería como instrumento esencial del Presupuesto, hacerse uso por parte del Ministerio de Transporte, del Plan Maestro de Vialidad, y concebirse una verdadera política de vialidad para favorecer el desarrollo.

Por lo demás, los coeficientes previstos deberían sujetarse a un ajuste automático en función de índices que reflejen la dinámica de precios y proyecciones, para evitar que las cuantías a lo largo de un Ejercicio Económico se deprecien con rapidez, resulten apretadas y requieran en definitiva que la mayoría de las contrataciones por pequeñas que sean, deban tramitarse con

arreglo a procesos bajo todo punto complicados y antieconómicos, en definitiva, inhibitorios del desarrollo.

En cuanto a los contratos financiados con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales, si bien deben regirse por lo previsto en los contratos de crédito cuyos términos en virtud de norma Constitucional expresa: el artículo 163 son supra legales, en definitiva constituyen licitaciones sujetas a las normas de esos convenios en las que también los pasos varían acorde con la cuantía. En cuanto a los informes previos a su celebración y demás requisitos, se someten al procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública, la que constituye norma supletoria en lo no previsto en los convenios, y adicionalmente, previo a la celebración de los contratos, conforme lo prevenido en el artículo 54, inciso segundo, considerando el monto contractual ha de contarse con la autorización del Presidente de la República por decreto ejecutivo.

Por lo que, lo expedito que pudiera esperarse sea el proceso de estos contratos, no es tal, pues en suma el trámite se verá envuelto en la complejidad de pasos, requisitos y plazos a cumplirse en el régimen vigente.

RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN.-

En el artículo seis se establece el **régimen de excepción** para once casos de contratos, por tanto, no sujetos a los procedimientos precontractuales comunes y especiales.

La responsabilidad por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, está atribuida a la máxima autoridad del ministerio o a los representantes legales de la entidad, en lo que concierne al cumplimiento de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, al requerimiento,

así mismo previo a su celebración, de los informes de los Organismos de Control y del Ministro de Economía y Finanzas y de la autorización del Presidente de la República a través de decreto ejecutivo cuando la cuantía iguale o exceda la base para el Concurso Público de Ofertas; como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso; en cuidar que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías suficientes de acuerdo con la ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales.

Lo que atañe a este régimen, está desarrollado (ciertamente aumentado) en las dos Secciones del Capítulo I del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicado en el Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002, lo que contraviene o excede la potestad reglamentaria que la Constitución Política atribuye al Presidente de la República en el ordinal 5 del Art. 171.

Bajo el acápite **Normas para contrataciones exoneradas de procedimientos precontractuales comunes**, el artículo uno del Reglamento, para la aplicación del artículo seis de la Ley establece la calificación de causas de exoneración de procedimientos precontractuales, asignando al presidente de la República la facultad de hacerlo en los casos de las letras c) y g); y al Ministro o al representante legal de la entidad u organismo, en los casos de las letras restantes.

Determinación de la causa que deberá expresarse en el decreto, acuerdo o resolución según quien lo emita, en forma fundamentada.

Es decir, que compete al presidente de la República calificar la causa de exoneración en los contratos necesarios para la seguridad interna y externa del

Estado y en los contratos cuyo proceso precontractual haya sido declarado desierto después de la reapertura, salvo que tal declaratoria se hubiere debido a la violación sustancial del procedimiento precontractual, conforme lo previsto en la letra d) del artículo 29 de la Ley de Contratación Pública. La determinación de la causa de exoneración en estos casos se hará por decreto, al provenir de quien ejerce la Función Ejecutiva, es jefe del Estado y del gobierno y responsable de la administración pública.

En los restantes nueve casos del artículo seis de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, la determinación de la causa corresponde a los ministros o representantes legales de la entidad u organismo contratante y se hará por acuerdo o resolución “que tienen la función de administrar por mandato de la ley, o bien, en el ejercicio de sus propias facultades”³⁵

Las causas de exoneración previstas en la Ley son bastante obvias y no cabe detenerse en ellas, mas en cuanto hace relación a la locución **emergencia**, como letrados, cabe articular las siguientes precisiones:

Emergencia entraña un **suceso, accidente que sobreviene**³⁶, “En correcto castellano, la voz significa ocurrencia o accidente; y el hecho de brotar o salir el agua; sin embargo, por evidente anglicismo, se le atribuyen los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción.”³⁷

Por lo que, en rigor y con propiedad de lo que debería hablarse es de situaciones de **urgencia**, en las que se insta o precisa una cosa a su pronta ejecución o remedio.³⁸**Urgencia.-Necesidad apremiante.- Despacho**

³⁵ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Central del Ecuador, Quito, 1984, p. 68.

³⁶ Diccionario de la lengua española vigésima primera edición, Madrid, 1992.-

³⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, óp. cit. T: III, p. 66

³⁸ Diccionario de la lengua española, óp. cit.

inaplazable, de tramitación inmediata y abreviada³⁹ al hallarse frente a una situación fuera de lo común, excepcional, de apremio como se define en el artículo dos del Reglamento, suscitada por peligros inminentes, inevitables. Daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria o de sus funcionarios.

Pero al margen de la precisión semántica, que claro, también es necesaria, lo ciertamente preocupante es comprobar la utilización aviesa que a situaciones de **urgencia**, ciertas o amañadas se da. En este último evento, con el expreso propósito de eludir procedimientos, lo cual, a la vez de constituir una acción falaz, también trasunta el afán de pasarse por debajo los trámites regulares, que resultan frente a cualquier intención buena o mala, definitivamente incómodos.

En el País, vivimos en la excepción, al margen de la Ley, “para todos se ha de aplicar la Ley, menos para mí” se piensa, y en esa lógica, eludiendo reglas y procedimientos se actúa claro, con regodeo de la agudeza (viveza), capacidad y habilidad.

Pero como en todas partes se cuecen habas, como dice Roberto Dromi:

“Hemos abusado de los estados de excepción, hemos vivido en emergencia jurídica, con el riesgo de que lo extraordinario se convirtiera en ordinario, como

³⁹ Guillermo Cabanellas, óp. cit. T. VI. P. 589

si el derecho de siempre consistiera la suspensión cuasi-permanente de las garantías.”⁴⁰

Por lo que, al menos con el afán estimable de debilitar el desaire que se hace a la ley (que ella misma propicia por cierto), bien vale la pena un empeño por eliminar los factores que **justifiquen** la tergiversación de procedimientos, con expedientes más pronto. Existe también fundada oposición a estas contrataciones, en la consideración de que los procesos de contratación se deben orientar a garantizar la concurrencia y transparencia, principios que se vulneran en los procedimientos de excepción.

Restableciendo el análisis de los procedimientos de excepción, el artículo cuatro del Reglamento prescribe que antes de decidir la contratación al amparo del artículo seis de la Ley, la entidad contratante deberá contar con las **especificaciones mínimas** de la obra, bien o servicio de que se trate, en el caso del literal a)⁴¹ y **especificaciones técnicas completas** para los demás literales del artículo señalado.

El artículo cinco del Reglamento dispone que la adjudicación de los contratos referidos en el artículo seis de la Ley se realizará previo el **proceso de selección** que considere adecuado la entidad contratante, según las circunstancias de la contratación, **salvo en los casos en que tal proceso de selección no fuere posible.** ⁴²

⁴⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 69

⁴¹ Para contratos que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar.

⁴² He aquí la coartada magistral que el Reglamento franquea para que todo pueda tramitarse por **emergencia**. Recuerdo el caso de la adquisición de un auto de lujo para uso de un alto funcionario, que fue declarada de emergencia y se la exoneró de los procedimientos precontractuales comunes apelando a una situación de apremio: el cuidar la integridad personal del funcionario de marras.

Debe procurarse que participen en el proceso de selección el mayor número posible de oferentes nacionales.

Para el caso de las contrataciones de ejecución de obras y prestación de servicios tramitadas al amparo de la letra a) del artículo seis de la ley, se podrá adjudicar **directamente** los contratos sobre la base de los precios unitarios o costos determinados por la correspondiente entidad, bajo su responsabilidad.⁴³

Se exige en el artículo siete para las contrataciones tramitadas al amparo del artículo seis de la Ley, escoger la propuesta que sea considerada la más conveniente para los intereses **institucionales**.

El artículo ocho establece la obligación de requerir para los contratos descritos en el artículo seis de la ley, los informes de los Organismos de Control y la documentación que ha de acompañarse a la solicitud de informes.

2.2. FASES DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES.-

En todo procedimiento precontractual, (**iter contractus**), cabe distinguir dos fases o escenarios: de inicio, el que sucede al interior de la entidad, que a su vez propicia un segundo, de exteriorización de la necesidad, a la que, al reclamo de la administración, acude el particular, y constituye propiamente la fase precontractual.

En la primera fase de acuerdo con el sistema vigente, en cada ministerio, subsecretaría regional con presupuesto descentralizado, organismo adscrito o entidad del sector público se debe constituir un comité de contrataciones, que estará integrado por cinco miembros, conforme lo prescrito en los artículos ocho, nueve, diez y once de la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

⁴³ En lo que se conocen como contratos de “adhesión” que merecen idéntico comentario al de la nota precedente.

Este comité será el encargado de, a través de una serie de actos reglados; estos, previstos en la Ley, llevar adelante la etapa precontractual, en la que se forma lo que se denomina la **voluntad administrativa**, con la concurrencia del particular, potencial contratista del Estado.

En la fase propiamente precontractual, el ente público ha de establecer y disponer de todos los elementos y exigencias que le conduzcan a satisfacer sus requerimientos, y que como característica inmanente a este género de procedimientos ha de cohesionarse el particular sin casi posibilidades de reformar tales condiciones que privativamente le ha trazado la administración. Esta relación evidentemente desigual se **legitima** precisamente con esa **adhesión** que de forma sui generis constituye una manifestación de voluntad o consentimiento que libremente entrega el particular. Libremente en el entendido que puede decidir no intervenir en el concurso.

2.3. DE LOS DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES.-

Como ya hemos anotado, se debe aspirar como imperativo básico para que el Estado pueda emprender contrataciones que le permitan cumplir sus fines, a una apropiada planificación, en la que serán determinantes dos componentes: la documentación técnica de soporte correspondiente y en esa función, la determinación y acervo de arbitrios económicos.

La correlación estudios-obras, especificaciones-bienes; especificaciones-servicios, debe ser estrecha y coherente. Así, en ciertos casos bastará un informe técnico parco sobre lo requerido y en otros se requerirá de estudios completos y detallados. En estos documentos como referencia esencial constará el presupuesto o valoración requeridos. Tal elaboración corresponde a la referida gestión intrínseca de la entidad contratante. En todo caso, la

documentación de naturaleza técnica, debe hallarse en correspondencia directa con lo que se requiera contratar.

Pero en nuestra opinión, a más complejidad debe oponerse más claridad y concreción; pues ya basta con las complicaciones que sugiera la prestación que demande el ente público.

En lo que atañe a los recursos de orden económico y financiero, como ya se expresó en el numeral 1.5 del Capítulo I, la justificación fehaciente de su disponibilidad -elemento esencial- para que el ente público pueda emprender cualquier procedimiento precontractual, y en general, contraer compromisos y obligaciones, le permitirá entregar oportunamente la contraprestación a su cocontratante, exigir el cumplimiento de lo acordado y en definitiva, llegar al objetivo propuesto que se traducirá en la prestación oportuna y apropiado de un bien o servicio público y como resultado más mediato y trascendente, lograr el cumplimiento de los fines primarios del Estado.

Para iniciar el trámite que corresponda, que como sabemos se halla en función de la cuantía de la proyectada contratación, la administración debe entonces disponer de los documentos referidos con detalle en el artículo 16 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública; a saber:

- Convocatoria;
- Modelo de Carta de Presentación y Compromiso;
- Modelo de formulario de propuesta;
- Instrucciones a los oferentes;
- Proyecto de contrato;
- Especificaciones generales y técnicas;
- Planos;

- Valor estimado;
- Plazo estimado de ejecución del contrato;
- Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,
- Principios y criterios para la valorización de ofertas.

En estos documentos se trata de materializar la necesidad de la entidad; de ahí que su descripción sea prolija, y deben ser aprobados por el Comité, únicamente, el texto de la convocatoria; el modelo de carta de presentación y compromiso; el modelo de formulario de propuesta; las instrucciones a los oferentes; el proyecto de contrato; y, los principios y criterios para la valorización de las ofertas, lo cual es correcto puesto que el resto de documentos son el resultado de una operación técnica, por la que deben responder sus autores, o quienes los aprobaron si su ejecución ha estado a cargo de otras personas (ejecución de estudios por contrato)

Con los documentos precontractuales definitivos, la entidad está en posibilidad de requerir indistintamente la concurrencia de los interesados (con lo que se origina la pugna), mediante la **Convocatoria**⁴⁴ pública que contiene como advertimos, las instrucciones principales y definiciones que dan inicio y organizan el procedimiento precontractual.

2.4. DE LA OFERTA.- ANÁLISIS DE SU CONTENIDO.-

La oferta por tanto no es más que la contestación al requerimiento de la administración.

A esta respuesta deben anteceder varias acciones de los interesados en intervenir, traducidas en la necesidad de realizar ciertos actos y hechos

⁴⁴ Que “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;”.- Art. 16, letra a) de La Codificación de la Ley de Contratación Pública, óp. cit.

jurídicos, como la preparación de lo solicitado, adquisición de bases, solicitud de inscripción, consiguiente adquisición de los documentos precontractuales y posibilidad de requerir aclaraciones -y eventualmente conseguir alguna variación de las condiciones establecidas por el licitante- el que tiene la obligación de satisfacer esas inquietudes, en término perentorio, a través de los actos del caso que se insertan dentro de las **formas jurídicas** de exteriorizar la actividad administrativa ⁴⁵, presentación de la oferta, constitución de la garantía de seriedad de oferta, entrega de aclaraciones, reclamos, impugnaciones, etc.

En cualquier caso de la vida real, la Administración que obra en ejercicio de una atribución reglada o discrecional, puede pronunciarse a través de sus formas jurídicas que son: el hecho administrativo, el acto administrativo, el reglamento, el contrato, el cuasicontrato, etc. En otras palabras, diremos, pues, que la actividad jurídica de la Administración se cristaliza en hechos jurídicos y en actos jurídicos; y que, asimismo, la actividad no jurídica se manifiesta también en hechos no jurídicos y en actos jurídicos. Examinémoslos:

1. Los hechos jurídicos consisten en las actuaciones técnicas de la Administración que producen efectos de Derecho, esto es, creando derechos y deberes. Ej.: la demolición de un edificio por el órgano administrativo, en razón de seguridad, sin la decisión previa de la autoridad competente.
2. Los hechos no jurídicos, por el contrario, son las actuaciones materiales de la Administración que no producen efectos jurídicos

⁴⁵ Artículos 18, 19 y 20 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública. óp. cit.

de ninguna clase, y más bien son simples actividades auxiliares.

Ejs: servir café, barrer la oficina, etc.

3. Los actos jurídicos consisten en las manifestaciones de la voluntad que se hacen con la intención de producir efectos jurídicos, es decir, de crear, modificar o extinguir un derecho. Pueden ser unilaterales, plurilaterales, individuales o generales. Como se desprende, este concepto incluye todas las manifestaciones de voluntad administrativa, por lo que a estos actos jurídicos de la Administración podemos llamarlos simplemente con el nombre de actos de la Administración. Ejs.: el reglamento, los contratos administrativos, etc.
4. Los actos no jurídicos, en fin, son las decisiones o declaraciones de la Administración de cualquier tipo que no producen efecto jurídico alguno. Ejs.: invitaciones, felicitaciones, recomendaciones, etc.⁴⁶

La presentación de la propuesta es un acto jurídico particular, unilateral del oferente, que contiene una “oferta de contrato” a favor del licitante, ajustada a las normas reglamentarias del procedimiento”. Debe cumplir requisitos subjetivos relativos al oferente; objetivos referentes al contenido de la oferta; y, formales sobre las pautas del trámite y los documentos de la propuesta. En suma, las propuestas tienen que ser “serias, firmes y concretas, sin cláusulas resolutivas, condicionales o indeterminadas”, y sin alternativas no solicitadas⁴⁷

De lo citado se deduce principalmente que la oferta es un acto **voluntario** del concurrente, de sujeción, adherencia a lo establecido por la entidad pública en

⁴⁶ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, óp cit. pp.289, 290.

⁴⁷ José Robero Dromi, *La Licitación Pública*, Buenos Aires, 1977.

los documentos precontractuales que constituyen lo que en doctrina se denomina **ley del contrato** en que, como hemos anotado, ciertamente se vulnera la **autonomía de la voluntad** pero que por paradójico que se presente, constituye una declaración de voluntad, de consentimiento del oferente, inherente a la contratación administrativa como condición de su validez. Oferta de contrato en la que lo único que le está permitido fijar con una motivación explícita es el precio y el plazo.

No cabe detenernos en este momento en los requisitos de la oferta, denominados subjetivos: idoneidad legal, técnica, económica del particular, y objetivos: principalmente precio y plazo, puesto que sobre ellos, precisamente gira la propuesta para lograr la simplificación de procedimientos, pregunta central de este trabajo, que se abordará más adelante.

Es preciso entonces remitirnos al texto legal vigente en lo atinente a la **propuesta:**

Las propuestas, dispone el artículo 21 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, se presentarán en un sobre cerrado con la debidas seguridades, de modo que no pueda conocerse su contenido antes de la apertura oficial,..El sobre contendrá:

- a) La carta de presentación y compromiso, según el modelo preparado por la entidad;
- b) El certificado de la Contraloría General del Estado, sobre el cumplimiento de contratos;
- c) Los documentos que acrediten el estado de situación financiera y la capacidad del oferente para ejecutar el contrato y la disponibilidad de

- los equipos, todo conforme lo previsto en los documentos precontractuales;
- d) La propuesta según el formulario que conste en los documentos precontractuales;
 - e) El cronograma valorado de trabajo y el análisis de los precios unitarios de cada uno de los rubros, en caso de ejecución de obra o prestación de servicio; o si se trata de adquisición de bienes, el plazo de entrega de éstos;
 - f) El original de la garantía de seriedad de la propuesta para asegurar la celebración del contrato, por el 2% del presupuesto referencial establecido por la institución, en una de las formas determinadas por esta Ley; y,
 - g) Los demás documentos que se exijan para cada caso.

El artículo 23 Íb. dispone que el comité considerará únicamente las propuestas que se ciñan a los documentos precontractuales y a la ley.

Por tanto, para cada llamado, quien pretenda relacionarse contractualmente con el Estado debe completar los documentos, credenciales, instrumentos, justificativos y certificados exigidos, y **los demás documentos que se exijan para cada caso**, con la eventualidad de que su propuesta sea inhabilitada, de juzgar la entidad que falta algún documento, o alguno de entre los tantos proporcionados no se encuentre foliado, rubricado, o no sea original o copia certificada por autoridad competente. Lo cual es moneda corriente en estos procedimientos y puede constituir un recurso formidable para propósitos nada santos, si se quiere llegar a una oferta **conveniente**.

2.5. DE LA LICITACIÓN PÚBLICA, SU NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS.-

Es un procedimiento administrativo por el cual la Administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el Pliego de Condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato.

En otros términos, es un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.⁴⁸

La licitación es el procedimiento de contratación administrativa más utilizado.

Puede definirse como un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para

⁴⁸ José Roberto Dromi, *Reforma del Estado y privatizaciones*, Tomo 3, Contratos, Comentarios Guillermo Fanelli Evans, Eduardo Mertehikian, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires , 1991, p. 19

alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones.⁴⁹

Del sinnúmero de enunciaciones⁵⁰ propuestas por tratadistas y estudiosos, podemos conceptualizar en sentido amplio a la Licitación Pública como un proceso de selección reglado que involucra una serie de pasos, al que concurre con el ánimo de comprometerse el particular, y tiende a que el ente público pueda conseguir la oferta más conveniente para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, con el fin de prestar un servicio público.

Por tanto, la naturaleza jurídica de este proceso precontractual común y su justificación, está dada por la serie de pasos y requisitos de cumplimiento obligatorio para quien la propicia y para quien conviene en someterse a ese procedimiento: el ente público y el particular, respectivamente. Si bien, la administración en uso de sus potestades establece las reglas de juego dirigidas al potencial contratista con el propósito de determinar la oferta más ventajosa, tales pautas para que tengan validez y ejecución, deben ser observadas en el proceso por ambas partes, pues de él surge el vínculo contractual al finalizar el procedimiento⁵¹

Nuestra ley, no la define, como no sea refiriéndose a ella como un **procedimiento precontractual común** para la adquisición de bienes muebles,

⁴⁹ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo I*, octava edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay, 2002, p. 543.

⁵⁰ Para Marienhoff, la licitación constituye “Un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente para el Estado”.- citado por Nicolás Granja Galindo en *fundamentos de Derecho Administrativo..... óp. cit. p.334* “La licitación pública o abierta es aquella en la que pueden concurrir a brindar oferta todas las personas que deseen hacerlo y que se encuentren en capacidad para ello. Pues, va dirigida a un número indeterminado de empresas, siempre que reúnan las condiciones generales exigidas para la presentación”, Nicolás Granja Galindo, íb. P. 335

⁵¹ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo I*, óp. cit. p. 548.

la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, cuando la cuantía supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, y estableciendo los momentos preclusivos a seguirse a lo largo del procedimiento precontractual.

De donde deriva el siguiente esquema de la Licitación Pública:

- Vínculo Estado – particular;
- Pugna entre los participantes para conseguir hacerse con la adjudicación;
- Propósito público plausible: procurar la oferta más conveniente a sus intereses;
- Todo esto en un contexto reglado que vincula a los participantes;
- Satisfacción de necesidades públicas (finalidad)

2.6. DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS, DIFERENCIAS CON LA LICITACIÓN PÚBLICA.-

Para Roberto Dromi el Concurso Público es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, por tanto un medio de selección del cocontratante por oposición. El llamado a concurso, tal como ocurre con el llamado a licitación, no es una oferta de contrato por parte del Estado, sino un pedido de ofertas.

Para este autor si bien el concurso tiene el sustrato común de la Licitación pública y de los demás procedimientos de contratación, se diferencia de ellos en que la oposición emergente de la concurrencia no tiene en vista las

condiciones de orden económico financiero, sino las de orden técnico personal.⁵²

En ciertas legislaciones se formulan distinciones entre Licitación y Concurso Público, atribuyendo a aquella el fin de propiciar la contratación de bienes, gestión de servicios o ejecución de obras, y a éste, la contratación de servicios de consultoría, sin que por lo mismo la diferencia se base en grado alguno, sino en distinto requerimiento y objetivo.

En nuestro ordenamiento, todo lo anotado para la Licitación Pública, vale para el Concurso Público de Ofertas; el que no constituye más que una inflexión de aquella.

En el régimen de la Ley de Contratación Pública, la diferencia entre Licitación y el Concurso Público de Ofertas solamente es de grado: en la cuantía que fija el procedimiento, en el término para la presentación de las ofertas⁵³ y en el acto de apertura del Sobre único de Oferta que para el caso de la Licitación prevé hacérselo en audiencia pública, aunque por la naturaleza oficial de estos procedimientos, en la práctica, siempre la apertura de los sobres de oferta, se realiza en audiencia pública.⁵⁴

La diferencia esencial estriba como es evidente, en la dimensión de la contratación en ciernes, que es resultado de los análisis técnicos y del

⁵² José Roberto Dromi, *Reforma del Estado y privatizaciones*, Tomo 3, Contratos, óp. cit, p. 18

⁵³ Codificación de la Ley de Contratación Pública: Capítulo III.- **DISPOSICIONES ESPECIALES DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS**.- Artículo 34.- **PRESENTACIÓN DE LA OFERTA**.- El término que tendrá el proponente para la presentación de su oferta será múltiple de 6 y será señalado por el comité y comprenderá entre doce y veinticuatro días, contados desde la fecha de la última publicación de la convocatoria. Mientras que en el caso de la **Licitación** se establece un término 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.- Artículo 32 Íb.

⁵⁴ En efecto, del análisis de los artículos 33 y 35 de la Ley, solo en aquél, que contiene una disposición especial para la Licitación, se dispone expresamente que se efectuará una audiencia pública del comité con sus proponentes para la apertura del Sobre de Oferta.

presupuesto referencial. Por lo demás, en ambos casos se deben seguir las mismas reglas para su gestión, incluidos los informes previos a la contratación, en conformidad con la norma del artículo 60 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública. Otras diferencias se producen en la etapa de ejecución o contractual, en lo que atañe a los **derechos** y **retenciones**, según lo previsto en los artículos 110 y 111 de la Ley y 118 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

CAPÍTULO III

PROPUESTAS CONCRETAS PARA SIMPLIFICAR PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

3.1.- ARGUMENTACIÓN EN DERECHO.- JUSTIFICACIÓN.-

En la línea argumentativa que comparecemos podemos señalar como objetivos primordiales de la Ley de Contratación Pública, establecer procedimientos eficientes, condiciones y requisitos que permitan que la contratación pública en sus diferentes fases y modalidades cuente con un mecanismo válido que dé vía a su economía, transparencia y el cumplimiento de los contratos con oportunidad y en términos económicos razonables.

Esos encomiables objetivos lamentablemente en la práctica se ven relegados por la serie de complicaciones que promueve la propia ley (que espero haberlas presentado en todo su patetismo a lo largo de este estudio), y que consiguen en general exactamente el efecto inverso a los objetivos propuestos.

Uno de esos elementos nocivos es la demanda excesiva de requerimientos al particular, cuya **justificación** se encuentra en el desmedido y molesto afán de control por parte del Estado.

Ahora bien, con miras a sustentar esta propuesta, es importante volver sobre lo que constituye requisito medular en la contratación administrativa: el sometimiento del ente público al procedimiento que le marca la ley, para poder **decidir** con quién contratar.

Esa decisión que se enmarca en un procedimiento reglado, debe materializarse en el acto decisorio con que culmina la etapa precontractual: la adjudicación del contrato a la persona o empresa más capacitada, lo que supone que la Administración está además precisada a elegir de entre los más calificados que hubieren acudido a su llamado.

De donde se sigue que el principio de **conurrencia** al que no hemos reconocido el carácter de rotundo ni definitivo, (puesto que los participantes deben siempre tener capacidad y cumplir los requisitos establecidos en los pliegos), se deberá cumplir sí, pero bien entendido que esa conurrencia ha de promoverse entre **iguales** que puedan enfrentar un desafío concreto, de suerte que con cierta certeza se pueda asegurar su realización para que el contratante pueda alcanzar sus objetivos.

Es decir, la propia naturaleza y dinámica del procedimiento son evidentemente excluyentes de una conurrencia indistinta, ambigua. Estamos pues hablando de la más amplia conurrencia entre iguales, para poder precisamente garantizar este segundo principio (igualdad) que como se ha indicado, implica

la participación de los oferentes en idénticas condiciones, en que la administración debe darles el mismo trato a todos.⁵⁵

En definitiva reivindicamos una concurrencia acorde con la naturaleza y dimensión del requerimiento o necesidad del ente público, al que decide contestar (concurrir) solo quien cumple los requisitos establecidos y se considera apto en sentido amplio para hacerse con la adjudicación.

Este escenario que he tratado de reproducir en rigor es precisamente lo que otorga congruencia a la proposición de este trabajo, emplazada a **materializar** el análisis de la idoneidad del potencial contratista del Estado.

Esto es, conseguir una conducta más valorativa; conferir objetividad a un aspecto que de sí admite la subjetividad, y que además conseguirá manifiestamente lo que pretendemos: la supresión de pasos en la etapa precontractual.

En este mismo sentido, si lo que determina el particular en estos Concursos es en definitiva una oferta de **precio**, no nos parece insensato que los demás requisitos y condiciones que le son impuestos, a los que por tanto, no tiene posibilidad alguna de sustraerse si pretende mantenerse en contienda, se puedan cumplir con **anterioridad**, y no para cada procedimiento o en vista de un Concurso, lo que no solo constituye principal causa de retraso, sino que da pie a actos irregulares provenientes de los encargados a nombre del ente público, de llevar adelante los procedimientos: Comisiones, Comités, Organismos de Control, etc.

⁵⁵ Principio de igualdad, ut supra p. 19.

Es conocido en el ámbito de la contratación administrativa el influjo nefasto de ciertas Comisiones de Apoyo (hay que ser justos y no ajusticiar a todas), que se han constituido en las verdaderas **reguladoras** de la contratación pública, al otorgar en subasta soterrada el favor al **mejor postor**, forjando impunemente situaciones, ideando observaciones, y más entornos de igual talante, hasta llegar al **favorecido** en sus informes, ¡ sobre cuya base los Comités resuelven en un Concurso!

Esto sin perjuicio claro está de las decisiones también poco virtuosas, nada casuales; por lo menos subjetivas de los nombrados Comités -sin generalizar por supuesto-, que actúan en función de cualquier interés, excepto del interés público personificado en la Administración.

En iguales términos podemos referirnos a los Organismos de Control, sin que con ello insensatamente pretendamos generalizar, ni estemos postulando porque el Estado no ejerza control. Lo que proponemos simple y llanamente es que no obstruya o desnaturalice los procesos precontractuales que está obligado a promover.

Situaciones las descritas, de una gran elocuencia, que es imperativo desarticular con medidas disuasorias y prácticas para conseguir procesos más transparentes y expeditos.

3.1.1. PROPOSICIÓN PUNTUAL.-

Escenario tan desalentador amerita de soluciones inmediatas; una de ellas en nuestra opinión, es propiciar la **simplificación de procesos**:

Para conseguir la abreviación firme de pasos a los que hemos calificado de innecesarios e inconvenientes en la etapa precontractual, y conseguir los

efectos colaterales implícitos, planteamos concretamente reducir o cambiar lo que constituye hoy el **Sobre Único de Oferta**,⁵⁶ por un documento al que llamaremos **Registro Único de Proponente** que otorgaría la Comisión de Control Cívico de la Corrupción⁵⁷, o bien, para aprovechar la experiencia adquirida en la intervención, la Contraloría General del Estado⁵⁸ a través por ejemplo de la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental o de la Unidad que sea la más conexas al propósito.

De otro lado, ya nos hemos referido al sistema oficial de información de contratación pública, **contratanet**, a cargo de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, que si bien se halla en inicios y es restrictivo, constituye el punto de partida para lo que se denomina la contratación en línea a la que indefectiblemente nos conducimos, cuyo reto principal según anota con propiedad Jorge Enrique Vargas, consiste en estandarizar, normalizar y simplificar los procesos de contratación, para que sean fácilmente accesibles, transparentes y vigilables.

Los mayores esfuerzos no recaen, por tanto, en la incorporación de tecnologías sofisticadas, sino en lograr cambios en las prácticas de contratación dispersas y complejas que hoy realizan las entidades

⁵⁶ Artículo 21 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, op. cit.

⁵⁷ Creemos que los postulados por los que fue creada según el artículo 220 de la Constitución Política, como **persona jurídica de derecho público... con autonomía e independencia económica, política y administrativa**, y el hecho que el **contratanet** se halla a su cargo, lo posibilitan.

⁵⁸ El Art. 211 de la Constitución Política establece que la Contraloría General del Estado es el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, tiene atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos; para realizará auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores, y pronunciarse sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales. Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan. Tiene facultades para dictar regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones, y la obligación de brindar asesoría cuando se le solicite, en las materias de su competencia. Facultades desarrolladas en la norma prevista en el artículo 31, ordinales 25 y 35, entre otros, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. No obstante, bajo el supuesto que tal entidad existiere, se ha ensayado su conformación, organización y facultades para sustentar en términos virtuales esta propuesta.

públicas. En su lugar deben establecerse patrones comunes de acción y procesos simplificados, siempre puestos a la vista de los proveedores y los ciudadanos⁵⁹

Contratanet, herramienta informática que facilitará aún más las cosas, para los efectos de registro y control que aquí se plantean, lo que sobrevendrá en que todo el mundo pueda acceder a las actuaciones de la administración(**publicidad**); puesto que los contratos administrativos afectan a la comunidad, o a terceros, en la medida en que se celebran con recursos públicos y en consecuencia estos últimos pueden participar en la vigilancia de su ejecución⁶⁰ ; tanto más si se considera que a partir de septiembre de 2006⁶¹, todos los organismos y dependencias de la función ejecutiva están obligados a publicar en ese sistema oficial de información, prácticamente todo lo relativo a la etapa precontractual en los trámites de adquisición de bienes y servicios, y construcción de obras. Obligación, que fácilmente puede extenderse a todas las instituciones del Estado y así, integrar al Sector Público

3.2. DEL ORGANISMO A CARGO DEL REGISTRO.-

No consideramos que deba crearse un Órgano ad-hoc, puesto que los rasgos esenciales; esto es, personería jurídica de Derecho Público, autonomía administrativa y patrimonio propio, domicilio principal en la ciudad de San Francisco de Quito, Capital de la República del Ecuador, con organización en el ámbito provincial para cumplir tal cometido, son propias de las entidades mencionadas, lo que les habilitaría para el cumplimiento de esa atribución. En

⁵⁹ Jorge Enrique Vargas, *Contratación electrónica: todo a la vista de todos*, en *Gobierno Digital tendencias y desafíos*, compilado por Marco Peres Useche, Universidad Externado de Colombia, 2003, p 153

⁶⁰ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, óp cit, p. 48

⁶¹ Ut supra, p. 21

todo caso, de requerirse, siempre será posible cualquier ajuste de su Orgánico Funcional o Manual de Gestión por Procesos.

3.2.1.- FUNCIONES.-

En razón de que nuestra propuesta concreta admite la alternativa de que pueda intervenir la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, o la Contraloría General del Estado con todo su dispositivo, en adelante no se formulará la distinción entre una y otra, a menos que sea necesario merced de la claridad en la exposición, y se las nombrará solamente como **el Organismo**.

Entre las funciones a asignarse deberían preverse:

- a) Dictar el Reglamento para su funcionamiento;
- b) Otorgar, suspender y cancelar el Registro Único de Proponente, en conformidad con las normas previstas en el Reglamento;
- c) Establecer **categorizaciones** de personas naturales y jurídicas aptas para contratar con el Estado, sobre la base de parámetros técnicos, económicos y jurídicos de evaluación previstos en el Reglamento;
- d) Elaborar y publicar modelos tipo de Pliegos de Requerimientos y Condiciones o Bases y de contratos, de acuerdo con la naturaleza y objetivos que se requieran. Documentos precontractuales que serán de aplicación obligatoria en el Sector Público y regirán las contrataciones establecidas en la Ley;
- e) Aprobar las contrataciones que se financien con créditos externos, previo informe de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), el Procurador General del Estado y el Ministro de Economía y Finanzas;

- f) Mantener un Registro de los contratos y sus garantías, cuya cuantía sea igual o superior a la base establecida para la Licitación;
- g) Resolver en única y definitiva instancia administrativa las impugnaciones a los Registros de Proponentes, o reclamos que formulen las personas naturales o jurídicas que, participando en un proceso precontractual, se consideren afectadas por una decisión, siempre que tal oposición o reclamo esté debidamente sustentado y se rinda una garantía equivalente al cinco por ciento del valor de la adjudicación cuestionada, del presupuesto referencial, de la cuantía del reclamo, o del capital suscrito de la persona cuya certificación se impugne. También constituirá Órgano de impugnación en sede administrativa, de las controversias que surgieren en la etapa de ejecución o contractual, constituyendo Tribunales de arbitraje y mediación en el actual sistema de pluralismo jurídico;
- h) Interpretar los términos y alcance de las cláusulas contractuales y resolver los reclamos administrativos que se presenten durante el proceso de ejecución de los respectivos contratos, hasta que se produzca la liquidación;
- i) Tomar a cargo la Matriculación Bianual, Registro y Control de equipos y maquinarias cuyo avalúo sea superior a treinta mil dólares y se destinen a la construcción, explotación, mantenimiento, reparación transporte y demás actividades necesarias para la obra pública, de conformidad con el Reglamento;

- j) Coordinar, asesorar y brindar asistencia técnica y legal a las Instituciones del Sector Público para la ejecución de los diferentes procesos de contratación; y,
- k) Las demás previstas en el Reglamento.

3.2.2. GOBIERNO Y DIRECCIÓN.-

A fin de que el Organismo pueda ejercer sus atribuciones con autoridad y eficacia, juzgamos que debe hallarse presidida por un Directorio y administrada por un Director General, y los demás funcionarios que establezca su Orgánico Funcional.

El Directorio debe integrarse con **no más de tres miembros o Vocales** permanentes; a saber: el Contralor General el Estado, el Procurador General del Estado y un representante del Sector Privado, designado por el Presidente de la República, de la terna que remitirá el Sector Privado directamente vinculado con la construcción, la provisión de bienes y servicios que usualmente requiere el Estado (que bien podría provenir del Comité de la Federación de Cámaras) De cada miembro o Vocal permanente se elegirá a su respectivo alterno.

3.2.3.- NO INCREMENTO BUROCRÁTICO.-

En cuanto a los demás funcionarios que se requieran, al contrario de lo que pudiera suponerse, no es preciso alentar el crecimiento burocrático, pues a través de una Disposición Transitoria se podrá conseguir que los servidores y funcionarios de las entidades que actualmente desarrollan actividades afines (del Ministerio de Transporte, Contraloría, Procuraduría, INEC, etc.), se trasladen a esta entidad.

3.2.4.-DEL DIRECTORIO.-

El Directorio será el cuerpo colegiado superior del Organismo y tendrá las funciones que se establezcan en la Ley y en su Reglamento Funcional.

3.2.5.- DEL DIRECTOR.-

El Director presidirá la entidad, tendrá las atribuciones y funciones inherentes a dicha representación, cumplirá y hará cumplir la normativa y las decisiones del Directorio y ejercerá las demás funciones establecidas en la Ley y el Reglamento.

El Director será nombrado por el Directorio, para un período de dos años y podrá ser reelegido.

3.2.6.- DEL PATRIMONIO DEL ORGANISMO.-

Integrarán su patrimonio:

- a) Los ingresos y recursos que se establezcan en la Ley; y,
- b) Los demás bienes que en el futuro adquiera a cualquier Título.

3.2.7.- DE LOS INGRESOS DEL ORGANISMO.-

- a) Las tasas que se recauden por concepto de Matriculación en el Registro Nacional de Equipos y Maquinarias destinadas a la construcción de la obra pública;
- b) Las tasas que se recauden por la concesión del Registro Único de Proponente.

Estas tasas serán determinadas en su cuantía y forma de pago, por la Ley;

- c) Los demás ingresos que perciba y las donaciones.

3.3. DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE.-

El Registro es una institución de antigua data y gran presencia en el Derecho:

Tiene un sinnúmero de acepciones, entre las que pueden mencionarse la de Padrón, Matrícula, Protocolo, Oficina donde se toma nota fidedigna de ciertas actividades; de actos y contratos de los particulares y de las autoridades. Cédula, albalá donde consta lo registrado o inscrito.

Se usa para las principales clases de Registros, como instituciones destinadas a dar fe de actos, documentos, contratos y resoluciones, de índole muy diversa, con preponderancia sin embargo administrativa y judicial, y en cuanto a las oficinas y libros en que se estructura y materializa (Registro Civil, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil)⁶²

El uso del Registro como Padrón, Matrícula, por tanto es ordinario en los sistemas jurídicos con el propósito de ejercer cierto control, y en el ámbito administrativo, en lo que concierne a este trabajo, es extendido su uso como una suerte de requisito para realizar negocios con el Estado.

En nuestro medio, es exigido precisamente en ese sentido, con el nombre de **Registro de Proveedores**: sólo quienes hubieren sido registrados, pueden participar en los Concursos (para el suministro de bienes y gestión de servicios) que la entidad convoque en cumplimiento de sus programas anuales.

En Colombia y Argentina por ejemplo, en el ámbito de la contratación administrativa el Registro se halla mucho más elaborado, y constituye instrumento eficaz para el examen de los virtuales oferentes, con base en una calificación previa.

En esa línea, el Registro que proponemos consistirá en un documento certificado en el que por un lado se consignará información que condensará, o

⁶² Guillermo Cabanellas *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, óp. cit. V, p.640.*

con más propiedad, **sustituirá** en nuestra hipótesis, toda la documentación prevista hoy para el Sobre Único de Oferta, y por otro, establecerá una **categorización** del solicitante. Tal registro y su otorgamiento, correrá a cargo de la entidad (la C.C.C.C. o la Contraloría General del Estado), que cuentan con todo el aparato y medios informáticos para procesarlo in extenso.

3.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO.-

En cuanto a sus características básicas:

El Registro será público,⁶³ calificará de manera general y con parámetros idénticos a los interesados y habilitará su participación en un proceso precontractual, pues se exigirá por las entidades del Sector Público en la tramitación de todos los tipos de contratos sujetos al régimen de la Ley de Contratación Pública. Al constituir una actuación administrativa, puede ser objeto de impugnación.

Todas las personas naturales o jurídicas ecuatorianas, las naturales o jurídicas extranjeras de derecho privado, que aspiren a celebrar contratos públicos en el Ecuador, deberán obtener el **Registro Único de Proponente**.

La dependencia a cargo del Registro, adoptará un formulario único y establecerá los documentos indispensables para la determinación objetiva de los aspectos de orden técnico, económico y jurídico del solicitante y le otorgará la consiguiente **categorización**. El Registro para que cumpla su cometido, debe ser de fácil acceso y manejo, por tanto debe hallarse disponible en **contratanet** para garantizar la publicidad y transparencia.

⁶³ Registro Público: Cualquiera de las oficinas oficiales en que un funcionario, debidamente autorizado, y en forma legal o reglamentaria, da fe de ciertos actos en relación con sus atribuciones. A la índole de estos organismos concierne el poderlos consultar todos... y por lo general, abonando alguna cantidad reducida por el trabajo que ello signifique para los encargados del Registro o para sus auxiliares.- Guillermo Cabanellas, óp. cit, V, p. 647.

Al solicitar la inscripción que se hará en persona o por parte del representante legal o apoderado para el caso de las personas jurídicas, el interesado deberá presentar toda la información y documentación auténtica requerida para cada actividad y sólo podrá inscribirse en actividades en que realmente acredite experiencia y solvencia.

De comprobarse información falsa, previa formación de expediente administrativo en contra del indiciado, se cancelará el registro, lo que le inhabilitará para celebrar contratos con el Estado por cuatro años.

El Registro por tanto permitirá establecer las condiciones reales del peticionario y se soportará en la información que entregue el propio interesado y las entidades públicas (a través de la red), sobre los siguientes aspectos:

1. Existencia y /o representación y capacidad jurídica;
2. Capacidad económica y patrimonial;
3. Experiencia y capacidad técnica según la actividad, a través de la referencia a contratos ejecutados, con indicación de su cuantía actualizada y naturaleza;
4. Organización, capital humano y capacidad administrativa;
5. Información sobre sanciones: multas, terminaciones unilaterales, definitivas o trámites comenzados, acciones judiciales.

3.3.2.- CONTENIDO DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE.-

Como resultado de las verificaciones y calificación objetiva que realice la entidad, el Registro Único de Proponente contendrá la siguiente información:

1. Identificación completa del registrado;
2. Descripción de la actividad para la que está acreditado;
3. Indicación de la actividad y Categoría alcanzada;

4. Organización (Listado de personal administrativo, técnico, etc)
5. Detalle del equipo disponible (como Anexo)
6. Disponibilidad

3.3.3.- CATEGORIZACIÓN.-

A fin de preservar la concurrencia de los más opcionados para determinada prestación, elemento básico será establecer **escalas o categorías** como resultado de lo que acredite el propio interesado a cerca de su situación jurídica, económica, técnica y experiencia; y de la información que se procure la entidad a cargo del Registro (de las entidades públicas y privadas que tendrán la obligación de prestarla) sobre solvencia, contratos ejecutados, clases, cuantía, desempeño, sanciones, etc.

Con la información obtenida se mantendrá al día un banco de datos, que a la vez, respaldará la actualización permanente de categorías.

Los grados a establecerse, deben basarse en elementos tangibles, desechar por completo la subjetividad, y hallarse en **correspondencia directa** con los procedimientos previstos y sus cuantías en el sistema vigente⁶⁴:

- Licitación
- Concurso Público de Ofertas
- Contrataciones de inferior cuantía o gestión directa.
- Los procedimientos de excepción pueden hallarse involucrados en cualquiera de estas categorías

También obviamente se encontrarán en función del tipo de contrato:

- Para la ejecución de obras
- Suministro de bienes;y,

⁶⁴ Ut infra, 3.4. p. 68

- La gestión de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

Luego, la categorización dependerá principalmente de la información genuina que proporcione el propio solicitante, y se deducirá en el caso de personas naturales, de la documentación que acredite su capacidad legal, trayectoria y experiencia; y en el caso de personas jurídicas, de su constitución legal, del giro previsto para sus negocios y experiencia (como persona jurídica), compatible con la prestación que se requiera.

Para determinar la experiencia, ha de considerarse además el trajín del solicitante en su vinculación con el sector público: diligencia y conformidad demostradas en el cumplimiento de sus compromisos. Por tanto, deberán también estimarse las sanciones que se le hubiera impuesto y su grado: amonestaciones, sanciones pecuniarias, declaraciones de caducidad (terminaciones unilaterales de contratos) de que hubiere sido objeto, con el propósito de determinar su habilitación, denegando motivadamente la solicitud de quien tenga a su haber reiterados incumplimientos.

En función de lo que documenten ante el Organismo de Registro los interesados, en cuanto a su capacidad económica (capital circulante), patrimonial (equipo, instalaciones), capacidad técnica (personal competente y organización) y experiencia (en la ejecución de obras, el suministro de bienes, o la gestión de servicios), accederán a una de las escalas del Registro, así:

PARA OBRAS:

- CATEGORÍA "A"
- CATEGORÍA "B"
- CATEGORÍA "C"

PARA EL SUMINISTRO DE BIENES:

- CATEGORÍA “A”
- CATEGORÍA “B”
- CATEGORÍA “C”

PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS:

- CATEGORÍA “A”
- CATEGORÍA “B”
- CATEGORÍA “C”

En las Licitaciones, Concursos Públicos de Ofertas, Contratos de gestión directa solo podrán participar las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que cuenten con el Registro Único de Proponente. Requisito de validez de la oferta, a la vez que respaldo para no ser excluido de esos Concursos.

Corresponderá por tanto, cada categoría, a uno de los procedimientos comunes establecidos en la Ley.

La categorización otorgada a un proponente deberá ser respetada por las entidades contratantes en los procesos y el único elemento decisorio entonces, constituirá el **precio de la oferta**.

Luego, al llamamiento a **Licitación** por ejemplo para la ejecución de una obra, solo podrán concurrir los calificados en la **CATEGORÍA “A” PARA OBRAS**, y en ese estilo, para los otros procedimientos y tipos de contratos.

Los pliegos podrán establecer la posibilidad de ofertas de consorcios, pero con integrantes de una misma categoría,

La categorización será objeto de **actualización permanente**, por lo que la ubicación en una categoría podrá modificarse en función de la experiencia y capacidad en general que se vaya justificando.

En nuestra concepción, el Registro Único de Proponente, al involucrar toda la información **actualizada** del oferente supone **acortamiento evidente de plazos** y constituye reemplazo eficaz de documentos y certificados que hoy se exigen para el Sobre Único de Oferta en el artículo 21 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, lo cual constituirá un mecanismo idóneo para la simplificación de pasos en el sistema vigente de contratación pública, conferirá gran dinamismo a la etapa precontractual, y responde a la principal interrogante de esta tesis.

El Registro así mismo, al reemplazar toda una serie de documentos, evitará errores y omisiones, permitirá un análisis **inmediato** del oferente, lo que ahorrará tiempo y esfuerzos a los participantes, privilegiará la objetividad y obviará la injerencia ominosa de comisiones de apoyo y más **protagonistas**.

Al Registro solo se acompañará el **precio** que pretenda el oferente por la prestación a entregar, y la **garantía de seriedad de oferta**.

El precio que entonces será la única evaluación a realizarse para la adjudicación, deberá ajustarse al vigente en el mercado, más una justa utilidad, o girar alrededor del presupuesto referencial, para que una oferta pueda considerarse conveniente.

El precio por supuesto deberá hallarse fundamentado en el **análisis de precios unitarios**. Análisis que será coherente; esto es contendrá todos los elementos considerados para la formulación del precio, y además servirá a la entidad para preparar la fórmula de reajuste de precios.

3.3.4.- REFLEXIONES SOBRE EL EQUIPO.-

El tema equipo merece un razonamiento más detenido, puesto que no solo constituye uno de los elementos básicos para establecer la verdadera

capacidad del proponente, potencial contratista del Estado, sino que su **disponibilidad inmediata debe demostrarse y garantizarse.**

Por tanto estimamos que para la acreditación del equipo y su control ha de considerarse lo siguiente: el equipo mínimo siempre deberá ser de propiedad del oferente; y en el Registro Único de Proponente, el Anexo correspondiente al detalle del equipo, será necesariamente objeto de actualización permanente.

Luego, su vigencia debe ser transitoria (dos meses a lo sumo)

El Organismo a cargo del Registro tendrá la obligación de establecer y mantener siempre actualizado en el banco de datos, la información fidedigna para poder certificar el equipo de que dispone el oferente.

El equipo podrá ser del oferente, preverse su arrendamiento, o su adquisición. Para cada evento, deberá establecerse en el Reglamento de Registro, los requisitos, pruebas y mecanismos de verificación que permitan establecer positivamente la disponibilidad real de equipo en determinado momento.

3.3.5.- PERSONAL.-

En cuanto al personal técnico, deberá demostrarse la existencia del de planta y la de uno contingente. En ambos casos será exigible el compromiso de prestar su concurso al interesado. Por tanto, este aspecto también se hallará sujeto a actualización continua.

3.4. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y TRÁMITE.-

Coincidimos en mantener los dos procedimientos vigentes desde marzo de 2000: **Licitación y Concurso Público de Ofertas**, a los que hay que añadir

los procedimientos de **inferior cuantía** y los de **excepción** para situaciones verdaderas de urgencia.⁶⁵

El tamaño, importancia del requerimiento, antes que de un proceso precontractual complejo, a veces equívoco, requiere de uno que permita escoger con el mayor rigor a quien será contratista del Estado, sin que ello comporte restricción a la concurrencia; sino como ya hemos apuntado, una razonable y necesaria correspondencia entre lo que requiere y pretende el ente público, y quien estaría capacitado para hacerlo y llenar tal expectativa tutelada por el concepto de interés público.

Nuestra propuesta, en lo que atañe específicamente a la cuantía, con la condición de que se revise para cada Ejercicio Fiscal o cada dos años para evitar su desvalorización es la siguiente:

Para la formación de los contratos sometidos a la ley de Contratación Pública, han de preverse los siguientes procedimientos:

Licitación.- Cuando la cuantía del presupuesto referencial sea superior a los USD. 500, 000,00;

Concurso Público de Ofertas.- Cuando la cuantía del presupuesto referencial supere los USD. 200, 000,00 y no exceda de USD. 500,000.00

Contratos de Inferior Cuantía.- Los contratos sujetos a la Ley de Contratación Pública, cuya cuantía no exceda de USD. 200, 000,00, podrán celebrarse directamente observando al efecto el procedimiento interno que apruebe cada Entidad u Organismo (parte final del artículo cuatro de la Codificación de la Ley de Contratación Pública)

⁶⁵ Régimen de Excepción, ut supra p. 33.

Como la relación básica en nuestra proposición es el **presupuesto referencial**, éste deberá ser real, obedecer a **planes concretos** por restringidos que éstos sean (debido a la insuficiencia de recursos económicos), y obtenerse como resultado de análisis técnicos basados en estudios y diseños, e índices de precios actualizados, que respondan a la realidad del mercado. La práctica en el sector público de rebajar costos, a la postre constituye un artificio para la propia Administración, que por obra de las extensiones de plazo y reajuste de precios, termina pagando más que si su presupuesto referencial y tasación anterior fueran actuales.

No proponemos **coeficientes** para establecer el presupuesto referencial pues consideramos que constituye una referencia muy sensible dentro de nuestro precario sistema económico y como tal, factor para la desactualización inveterada de las cuantías.

3.4.1.- TRÁMITE DE LA LICITACIÓN.-

El trámite licitatorio que proponemos es el siguiente:

- a) El pliego de Requerimientos y Condiciones deberá ser aprobado por el organismo;
- b) La Convocatoria se publicará por tres días consecutivos en los Periódicos de mayor circulación en las ciudades de Quito, Guayaquil y de la Capital de la Provincia donde se ejecutará la obra, concretará el suministro, o ejercerá el servicio;
- c) Entre la última publicación y la fecha de presentación de la Propuesta mediará por lo menos el plazo de quince días;

- d) La adjudicación se realizará en el plazo de ocho días desde la apertura de las ofertas.

3.4.2.- TRÁMITE DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS.-

Considerando que en el régimen de la Ley de Contratación Pública, la diferencia entre Licitación y Concurso Público de Ofertas solamente es de grado, para la formación de estos contratos es necesario establecer ciertas particularidades:

- a) El pliego de Requerimientos y Condiciones será previamente aprobado por la contratante, a base de los modelos tipo publicados por el organismo;
- b) La Convocatoria se realizará en los periódicos de mayor circulación, durante tres días consecutivos en la Capital de la Provincia donde se ejecutará la obra, concretará el suministro, o ejercerá el servicio;
- c) Entre la última publicación y la fecha de presentación de la propuesta mediará por lo menos el plazo de diez días;
- d) La adjudicación se realizará luego del plazo de cinco días, contado a partir de la fecha de apertura de las ofertas.

3.4.3. DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS.-

- a) En los procedimientos de Licitación y Concurso Público de Ofertas la entidad contratante está obligada a difundir el Pliego de requerimientos y obligaciones en el sistema oficial de información de contratación pública, contratanet. Además, copia de la convocatoria deberá enviarse a las Cámaras y Colegios Profesionales relacionados con el objeto de la contratación;

- b) Para cada caso de fijará el valor de la inscripción, la que podrá hacerse hasta cinco días antes de la fecha límite para la entrega de las ofertas;
- c) Las ofertas se entregarán en un solo Sobre, debidamente cerrado que contendrá:
- El Certificado Único de Proponente, compatible con el monto y naturaleza de la contratación;
 - La Garantía de Seriedad de Oferta;
 - La Propuesta económica en los formularios contenidos en el Pliego de Requerimientos y Condiciones (precio y análisis de precios unitarios, para los contratos de ejecución de obras)
- d) Las ofertas se abrirán en acto público;
- e) La entidad contratante solo considerará las ofertas entregadas hasta la hora y día señalados en el Pliego de Requerimientos y Condiciones;
- f) La entidad contratante notificará por escrito sobre la adjudicación, en el término de tres días de resuelta, a la vez que entregará la información para que sea publicada en el contratanet.

3.5.- DEL PLIEGO DE CONDICIONES.-

Se conoce como Bases de Licitación o Pliegos de Condiciones al documento que origina la entidad contratante, en el que se establecen con la mayor claridad los pasos, requisitos, derechos y obligaciones a observarse por las partes.

Debe fijar por tanto con precisión la prestación que será objeto de la contratación, las condiciones de ejecución y todos los elementos, condiciones, referencias técnicas, económicas, legales, etc.

Los Pliegos de Condiciones o Bases de Licitación o Concurso, doctrinariamente suelen denominarse ley del contrato, para realizar el hecho que, tanto la administración (que las concibe y elabora privativamente), como los participantes en el concurso -partes o intervinientes en la contratación en ciernes-, han de someterse a sus determinaciones en las etapas, precontractual, de formación de la voluntad administrativa, y en el período contractual o de ejecución.

El pliego de condiciones entonces ha de privilegiar los contenidos, lo que supone como aspecto esencial que sus disposiciones deben someterse a la Ley y expresar con exactitud las condiciones para participar en la competición con referencias exactas a los criterios de calificación, causas de descalificación, definiciones, referencias legales, económicas, técnicas e indicaciones, a fin de que los proponentes puedan determinar con precisión qué se les solicita; cuáles las condiciones de participación y cómo serán entregadas prestación y contraprestación en el potencial vínculo contractual.

Si las Bases o Pliegos son la ley del contrato y como tales informan a la futura convención, es razonable que contengan con total escrupulosidad y detalle, a más de las obras, bienes o servicios de que precisa la entidad contratante, aspectos como los siguientes:

- Contexto general de la convocatoria;
- Destinatarios de la convocatoria (personas naturales o jurídicas de Derecho Público o Privado);
- Objeto de la convocatoria (prestación que se busca con indicación prolija);
- Presupuesto referencial;
- Fuente de financiamiento;

- Forma de pago;
- Obtención de los documentos precontractuales;
- Derechos de inscripción;
- Fecha de recepción de las ofertas;
- Indicación del procedimiento a seguirse;
- Instrucciones a los oferentes, información general;
- Condiciones generales;
- Aclaración o modificación de los documentos precontractuales;
- Procedimiento hasta la adjudicación (apertura de las propuestas, análisis, adjudicación, notificación, sanciones por no celebración del contrato);
- Formalización del contrato (solicitud de informes, minuta de contrato, negativa a suscribir el contrato, reexaminación de las propuestas);
- Garantías del contrato, impuestos, contribuciones y otras obligaciones;
- Indicaciones para la elaboración de la propuesta;
- Causas para rechazo de las propuestas;
- Reclamaciones;
- Condiciones generales de ejecución del contrato;
- Obligaciones del contratista;
- Obligaciones del contratante;
- Ejecución del contrato;
- Facturación y pagos;
- Fiscalización;
- Especificaciones Técnicas;
- Especificaciones Especiales;
- Planos y documentación técnica;

- Plazo de ejecución del contrato;
- Equipo requerido;
- Plan de manejo ambiental;
- Disponibilidad;
- Cronograma de ejecución, al que deberá ceñirse el contratista;
- Proyecto de contrato.

En el supuesto de esta tesis, deberá consiguientemente **prescindirse** de los siguientes aspectos en los documentos precontractuales:

- Precio de la propuesta;
- Informe de la comisión técnica, puesto que la oferta será revisada directamente por el Comité;
- Los documentos de la propuesta (situación financiera, certificado de Contraloría, certificado de existencia legal, personal técnico profesional, equipo, metodología, cronograma valorado, etc.), deberán limitarse al formulario de propuesta con la indicación del precio y la garantía de seriedad de oferta. El precio será la única evaluación a realizarse por parte del Comité para decidir la adjudicación;
- Los formularios relacionados con: datos generales del proponente; modelo de situación financiera y sus variaciones; personal técnico propuesto para el proyecto; modelo de hoja de vida; modelo de compromiso de prestación de servicios profesionales; equipo asignado al proyecto; experiencia de la firma, detalle de experiencia similar del proponente; detalle de contratos en ejecución; metodología de construcción; modelo de propuesta

3.5.1.- PROYECTO DE CONTRATO.-

A fin de que el documento contractual no sobrelleve repeticiones inadecuadas y a la postre perjudiciales pues propician errores y contradicciones que solo dificultan su cumplimiento, debe ser en nuestra opinión enteramente abreviado su tenor y estipular estrictamente las cláusulas esenciales: comparecientes; relación sucinta de los antecedentes; objeto; monto; y plazo y como cláusula supletoria, en todo lo demás, remitirse como es sensato, al contenido de las bases y a la ley, lo que en la aplicación, indiscutiblemente facilitará su manejo. Al contrato se adjuntará las garantías del caso y la documentación habilitante.

3.5.2.- CAUSAS DE RECHAZO.-

Finalmente en los pliegos, puesto que se reducirá ostensiblemente las causas de rechazo, en nuestra opinión ha de considerarse dos cuestiones relevantes; a saber:

Deberá preverse como causa de rechazo de las propuestas el caso en que, para la ejecución de un rubro, no se hallen descritos todos sus componentes, puesto que podría involucrar un ardid para rebajar artificiosamente el valor de la oferta, que ya en la ejecución contractual devendrá en complicaciones.

La real disponibilidad del oferente que establecerá el Registro, deberá considerarse también para la adjudicación, pues el hecho de tener al momento de presentar la oferta, dos o más contratos en ejecución, con plazo paralelo al que es materia del Concurso, afectará a la real disposición para cumplirlos.

CONCLUSIONES.-

El régimen de contratación previsto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, sin ningún género de dudas resulta anacrónico e

inconveniente y cualquier medida o iniciativa orientada a mejorar tan penosa circunstancia resulta en mi opinión, impostergable.

La propuesta de esta tesis con asunción de razonamientos únicamente jurídicos y prácticos, que esperamos no se trate de una especulación sin fundamentos, no busca cumplir de cualquier manera un expediente académico, sino sobre todo suscitar el debate, en el que bien puede reprobarse esta ponencia, pero como argumento definitivo, si surge el interés de cambiar las cosas, el objetivo se habrá cumplido.

RECOMENDACIONES.-

Como complemento de las reflexiones formuladas en este trabajo, se ha pergeñado un proyecto de reformas a la Ley de Contratación Pública, cuyo texto es el siguiente:

EL CONGRESO NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que es imperioso introducir reformas a la vigente Codificación de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001, a fin de acelerar la etapa precontractual y así cumplir los objetivos de eficiencia y oportunidad en la contratación; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.-

Art. 1. Sustituyese el texto del artículo 4, por el siguiente:

DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES

“Art. 4.- PROCEDIMIENTOS COMUNES.- Para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, se prevén los siguientes procedimientos:

- a) Licitación: cuando la cuantía del presupuesto referencial sea superior a los U.S.D. 500,000.00;
- b) Concurso Público de Ofertas: cuando la cuantía del presupuesto referencial supere los USD. 200,000,00 y no exceda de USD. 500,000.00;
- c) Contratos de inferior cuantía.- Los contratos sujetos a la Ley de Contratación Pública, cuya cuantía no exceda de USD. 200,000.00, no se someterán a los procedimientos precontractuales previstos en esta ley, pero para celebrar los contratos respectivos se observarán las normas reglamentarias pertinentes que para el efecto dictará cada una de las entidades contratantes.

Las cuantías serán objeto de actualización cada dos años, mediante resolución motivada, expedida por el Organismo de Control Especializado.

En el caso de arrendamiento mercantil con opción de compra, se considerará como cuantía el precio del mercado de los bienes objeto de arriendo a la fecha de iniciación del procedimiento precontractual.

Art. 2.- Sustituyese el Art. 7, por el siguiente:

“Art. 7.- REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON FINANCIAMIENTO DE GOBIERNOS EXTRANJEROS.- La celebración de los

contratos a los que se refiere el literal b) del artículo 6 de esta ley será autorizada expresamente por el Organismo de Control Especializado, previos los siguientes informes:

- 1) De la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES respecto de la prioridad del proyecto y de que su ejecución concuerde con las políticas de desarrollo del país;
- 2) Del Ministerio de Economía y Finanzas, en relación con las ventajas de los términos del financiamiento, competitividad de los precios contemplados para las obras, bienes o servicios que se prevén contratar con los del mercado nacional e internacional, cuando fueren aplicables, considerando los términos del financiamiento; y,
- 3) Del Procurador General del Estado.

Art. 3.- A continuación del artículo 13, agréguese los siguientes:

“Art... DE LA ENTIDAD A CARGO DEL CONTROL ESPECIALIZADO.-

Se encarga a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, como Organismo de Control Especializado, la vigilancia del cumplimiento de los objetivos y disposiciones contenidas en la presente Ley, para lo cual establecerá las modificaciones del caso a su Reglamento Orgánico Funcional.

Art... FUNCIONES DEL ORGANISMO DE CONTROL ESPECIALIZADO:

- a) Dictar el Reglamento para su funcionamiento y actividades de control;
- b) Otorgar, suspender y cancelar el Registro Único de Proponente, en conformidad con lo previsto en esta Ley y en las normas previstas en el Reglamento;

- c) Establecer categorizaciones de personas naturales y jurídicas aptas para contratar con el Estado, sobre la base de parámetros técnicos, económicos y jurídicos de evaluación previstos en el Reglamento;
- d) Elaborar y publicar modelos tipo de Pliegos de Requerimientos y Condiciones o Bases y de contratos, de acuerdo con la naturaleza y objetivos que se requieran. Documentos precontractuales que serán de aplicación obligatoria en el Sector Público y regirán las contrataciones establecidas en la Ley;
- e) Aprobar las contrataciones que se financien con créditos externos, previo informe de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), el Procurador General del Estado y el Ministro de Economía y Finanzas;
- f) Mantener un registro de los contratos y sus garantías, cuya cuantía sea igual o superior a la base establecida para la licitación;
- g) Resolver en única y definitiva instancia administrativa las impugnaciones a los Registros de Proponentes, o reclamos que formulen las personas naturales o jurídicas que, participando en un proceso precontractual, se consideren afectadas por una decisión, siempre que tal oposición o reclamo esté debidamente sustentado y se rinda una garantía equivalente al cinco por ciento del valor de la adjudicación cuestionada, del presupuesto referencial, de la cuantía del reclamo, o del capital suscrito de la persona cuya certificación se impugne. También constituirá Órgano de impugnación en sede administrativa, de las controversias que surgieren en la etapa de ejecución o contractual,

constituyendo tribunales de arbitraje y mediación en el actual sistema de pluralismo jurídico;

- h) Interpretar los términos y alcance de las cláusulas contractuales y resolver los reclamos administrativos que se presenten durante el proceso de ejecución de los respectivos contratos, hasta que se produzca la liquidación;
- i) Tomar a cargo la matriculación bianual, registro y control de equipos y maquinarias cuyo avalúo sea superior a treinta mil dólares y se destinen a la construcción, explotación, mantenimiento, reparación transporte y demás actividades necesarias para la obra pública, de conformidad con el Reglamento;
- j) Coordinar, asesorar y brindar asistencia técnica y legal a las Instituciones del Sector Público para la ejecución de los diferentes procesos de contratación; y,
- k) Las demás previstas en el Reglamento.

Art... GOBIERNO Y DIRECCIÓN.-

El Organismo se hallará presidido por un Directorio y administrado por un Director General, y los demás funcionarios que establezca su orgánico funcional.

El Directorio estará integrado por los siguientes miembros permanentes:

- El Contralor General el Estado;
- El Procurador General del Estado; y,
- Un representante del Sector Privado, designado por el Presidente de la República, de la terna que remitirá el Comité de la Federación de Cámaras del Ecuador;

De cada miembro permanente se elegirá a su respectivo alterno.

Art. ...DEL DIRECTORIO.-

El Directorio será el cuerpo colegiado superior del Organismo y tendrá las funciones que le señala la presente Ley y las que establezca en su Reglamento Funcional;

Art. ...DEL DIRECTOR.-

El Director representará al Organismo, tendrá las atribuciones y funciones inherentes a dicha representación, cumplirá y hará cumplir la normativa y las decisiones del Directorio y ejercerá las demás funciones establecidas en la presente Ley y en su Reglamento.

El Director será nombrado por el Directorio, para un período de dos años y podrá ser reelegido.

Art. ...DEL PATRIMONIO DEL ORGANISMO.-

Integrarán su patrimonio:

- a) Los ingresos y recursos que esta Ley le asigna; y,
- b) Los demás bienes que en el futuro adquiriera a cualquier Título.

Art. ...Por convenir a las atribuciones que se le conceden, el Registro Nacional de Equipos y Maquinarias, establecido a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones mediante Decreto Supremo 533 de 28 de junio de 1972, publicado en el registro Oficial No. 93 de 3 de julio de 1972, reformado con Ley No 87 de 30 de marzo de 1995, se traslada al Organismo de Control Especializado.

Art. ... El Registro Único de Proponente se conferirá previo el pago de la contribución del uno por mil de la cuantía establecida en el literal c) del artículo 4 de esta Ley.

Art. ... INGRESOS DEL ORGANISMO.-

Son ingresos propios del Organismo:

- a) Las tasas que se recauden por concepto de matriculación en el Registro Nacional de Equipos y Maquinarias destinadas a la construcción de la obra pública;
- b) Las contribuciones que se recauden por la concesión del Registro Único de Proponente;
- c) Los demás ingresos que perciba y las donaciones.

Art. ...DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE.-

Se establece el Registro Único de Proponente, a cargo de la C.C.C.C., que consistirá en un documento certificado en el que se consignará la información que reemplace la exigida en el artículo 21 de esta Ley y determine una categorización del solicitante, previa calificación.

El Registro será público y se exigirá por parte de las instituciones del Estado para la participación en todos los procedimientos de contratación sujetos a esta Ley, a las personas naturales o jurídicas ecuatorianas y extranjeras que aspiren a celebrar contratos sujetos a esta Ley.

En el Registro se establecerá las condiciones reales del peticionario que se afianzará en la información que presente el interesado y las entidades del sector público, sobre los siguientes aspectos:

1. Existencia y /o representación y capacidad jurídica;
2. Capacidad económica y patrimonial;

3. Experiencia y capacidad técnica según la actividad, a través de la referencia a contratos ejecutados, con indicación de su cuantía actualizada y naturaleza;
4. Organización, capital humano y capacidad administrativa;
5. Información sobre sanciones: multas, terminaciones unilaterales, definitivas o trámites comenzados, acciones judiciales.

La forma y requisitos del registro se determinarán en el Reglamento que expida el Organismo de control especializado.

Art. ...CONTENIDO DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTE.-

El Registro Único de Proponente contendrá la siguiente información:

1. Identificación completa del registrado;
2. Descripción de la actividad para la que está acreditado;
3. Indicación de la actividad y categoría alcanzada;
4. Organización (listado de personal administrativo, técnico, etc.)
5. Detalle del equipo disponible (como anexo)
6. Disponibilidad.

Para la categorización el Organismo realizará un análisis objetivo de la situación jurídica, económica, técnica y experiencia del solicitante y esa información se mantendrá en un banco de datos que respaldará la actualización permanente de las categorías asignadas.

Los grados que establezca el Organismo, se hallarán en correspondencia directa con los procedimientos previstos en esta Ley, sus cuantías y tipos de contrato así:

PARA OBRAS:

CATEGORÍA “A”

CATEGORÍA “B”

CATEGORÍA “C”

PARA EL SUMINISTRO DE BIENES:

CATEGORÍA “A”

CATEGORÍA “B”

CATEGORÍA “C”

PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS:

CATEGORÍA “A”

CATEGORÍA “B”

CATEGORÍA “C”

Corresponderá por tanto, cada categoría, a uno de los procedimientos comunes establecidos en la presente Ley.

Art. 4. Sustituyese el texto de los literales a), c), d) y e) del artículo 16 por los siguientes:

“a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la determinación de la categoría a la que se dirige la invitación, 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;

“c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales con denominación en dólares de los

Estados Unidos de América, e incluirá el análisis de precios unitarios, 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 (Categoría) ; 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 exclusivamente las cláusulas esenciales: comparecientes, relación sucinta de los antecedentes, objeto, monto y plazo y en todo lo demás la cláusula supletoria, remitirá a la ley y al contenido de las bases o documentos precontractuales”

Art. 5.- Sustituyese el texto del literal j) por el siguiente:

“j) Lista de equipo mínimo requerido y del personal técnico, si fuere del caso.”

Art. 6. Suprímase el texto del inciso primero del literal k) y el inciso segundo dirá:

“Todos los documentos serán elaborados, bajo su responsabilidad por la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente los señalados en los literales a), b), c), d),y e), dentro del término de tres días, contado desde la fecha de su recepción.”

Art. 7. Sustituyese el tenor del artículo 21 por el siguiente:

“Art. 21 DE LA PROPUESTA.- Las propuestas se presentarán en un sobre cerrado con las debidas seguridades, de modo que no pueda conocerse su

contenido antes de la apertura oficial, se redactarán en castellano, de acuerdo con el formulario elaborado por la entidad y se recibirán hasta las 15H00 del día indicado en la convocatoria. Las propuestas se entregarán directamente al secretario del comité, quien conferirá el correspondiente recibo anotando la fecha y hora de recepción.

Un miembro del comité y el secretario rubricarán los documentos presentados.

El sobre contendrá:

1. La carta de presentación y compromiso según el modelo preparado por la entidad, a la que se adjuntará el Registro Único de Proponente cuya categoría será compatible con el monto y naturaleza de la contratación;
2. La propuesta económica en los formularios contenidos en el Pliego de Requerimientos, respaldado con el análisis de precios unitarios; y,
3. El original de la garantía de seriedad de la propuesta para asegurar la celebración del contrato, por el 2% del presupuesto referencial establecido por la institución, en una de las formas determinadas por esta ley.

Art. 8.- El artículo 23 dirá:

“ PROPUESTAS HABILITADAS.- El comité considerará únicamente las propuestas que se ciñan a los documentos precontractuales y a la ley.”

Art. 9.- Suprímase el artículo 24.

Art.10.- Sustituyese el artículo 25 por el siguiente:

“El comité analizará las ofertas presentadas en los dos días siguientes a su presentación y de ser necesario dispondrá las aclaraciones del caso. Los

oferentes, dentro del término de tres días, podrán formular por escrito las aclaraciones que se les solicite.”

Art. 11.- Sustituyese el artículo 26 por el siguiente:

“ ADJUDICACIÓN.- El comité resolverá sobre la licitación o el concurso público de ofertas dentro del término previsto para cada procedimiento.

En todos los casos, el comité adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más baja. ”

Art. 12.- Sustituyese los artículos 32, 33, 34 y 35 por los siguientes:

DE LA LICITACIÓN Y EL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS.-

Art. 32.-TRÁMITE DE LA LICITACIÓN.-

Para la formación de los contratos sujetos a Licitación:

- a) El pliego de Requerimientos y Condiciones deberá ser aprobado por el Organismo de Control Especializado;
- b) La Convocatoria se publicará por tres días consecutivos en los periódicos de mayor circulación en las ciudades de Quito, Guayaquil y de la Capital de la Provincia donde se ejecutará la obra, concretará el suministro, o ejercerá el servicio;
- c) Entre la última publicación y la fecha de presentación de la Propuesta mediará por lo menos el plazo de quince días;
- d) La adjudicación se realizará en el plazo de ocho días desde la fecha de vencimiento del término señalado en el artículo 25.

Art. 33.-TRÁMITE DEL CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS.-

Para la formación de estos contratos:

- a) El pliego de Requerimientos y Condiciones será previamente aprobado por la contratante, a base de los modelos tipo publicados por el Organismo de Control Especializado;
- b) La Convocatoria se realizará en los Periódicos de mayor circulación, durante tres días consecutivos en la Capital de la Provincia donde se ejecutará la obra, concretará el suministro, o ejercerá el servicio;
- c) Entre la última publicación y la fecha de presentación de la propuesta mediará por lo menos el plazo de diez días;
- d) La adjudicación se realizará luego del plazo de cinco días, contado a partir de la fecha de vencimiento del término señalado en el artículo 25.

Art. 34.- DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y CURSO PÚBLICO DE OFERTAS.-

- a) En los procedimientos de Licitación y Concurso Público de Ofertas la entidad contratante está obligada a difundir el Pliego de requerimientos, y toda la documentación precontractual en el sistema oficial de información de contratación pública, contratanet. Además, copia de la convocatoria deberá enviarse a las Cámaras y Colegios Profesionales relacionados con el objeto de la contratación; cuando convenga a los intereses nacionales, la convocatoria podrá además publicarse en el exterior;
- b) Para cada caso se fijará el valor de la inscripción, la que podrá hacerse hasta cinco días antes de la fecha límite para la entrega de las ofertas;
- c) Las ofertas se entregarán en un solo Sobre, debidamente cerrado que contendrá los documentos señalados en el artículo 21;
- d) Las ofertas se abrirán en acto público;

- e) La entidad contratante solo considerará las ofertas entregadas hasta la hora y día señalados en el Pliego de Requerimientos y Condiciones;
- f) La entidad contratante notificará por escrito sobre la adjudicación, en el término de tres días de resuelta, a la vez que entregará la información para que sea publicada en el contrataneet.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.-

Los servidores que actualmente tengan a su cargo la preparación de la documentación precontractual, revisión y control, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, e Instituto Nacional de Estadística y Censos, pasarán a prestar su contingente en la Entidad a cargo del Registro Único de Proponente, con arreglo al Reglamento que para su funcionamiento dictará ese Organismo.

La presente Ley Reformativa entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano,...

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A. Avda. Diagonal, Barcelona, 2006.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* 12ª Ed. Buenos Aires, Editorial Heliasta 1979.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998.
- Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Codificación de la Ley de Contratación Pública, Registro Oficial 272 de 22 de febrero de 2001.
- Codificación de la Ley de Responsabilidad Estabilización y Transparencia.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998
- Dromi, José Roberto, *La Licitación Pública*, Buenos Aires, 1977.
- Dromi, José Roberto, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo 3, Buenos Aires, Contratos, Comentarios Guillermo Fanelli Evans, Eduardo Mertehikian, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1991.
- Garófalo Salazar, Aurelio, *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*, Pudeleco Editores S.A.
- Granja Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial de la Universidad Central del Ecuador, 1984.
- Expósito, Juan Carlos, "Alcance y ámbito de aplicación del Decreto 2170 de 2002. Aspectos más relevantes, en especial la contratación electrónica", en

Marco Peres Useche, comp., *Gobierno Digital tendencias y desafíos*, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Herrera Barbosa, Benjamín, *Contratos Públicos*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Colombia, 2004.

Idrovo Arciniega, Marco, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, Quito, Ed. Época, 1984.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Ley de Presupuestos del Sector Público.

Martín García, Victorino, *Victorino por Victorino*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., 2000.

Notas personales, varias.

Proaño Alvarado, Fernando, “Aplicación del régimen de excepción previsto en el artículo 58 de la Ley de Contratación Pública”, en Genaro Eguiguren Valdivieso, edit., *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*, Quito, Corporación Editora Nacional, Serie Estudios Jurídicos volumen. 16, 2001.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima Primera Edición, Espasa Calpe S.A, 1992.

Savater, Fernando. *El valor de elegir*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003.

Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo I*, octava edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002.

Torres Córdova, Héctor Ramón, *Teoría General del Contrato Administrativo*, sitio virtual de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. San Salvador, El Salvador, 2004 tetotor@yahoo.com

Vargas, Jorge Enrique, "Contratación Electrónica: todo a la vista de todos", en Marco Peres Useche, comp., *Gobierno Digital tendencias y desafíos*, Universidad Externado de Colombia, 2003.