

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

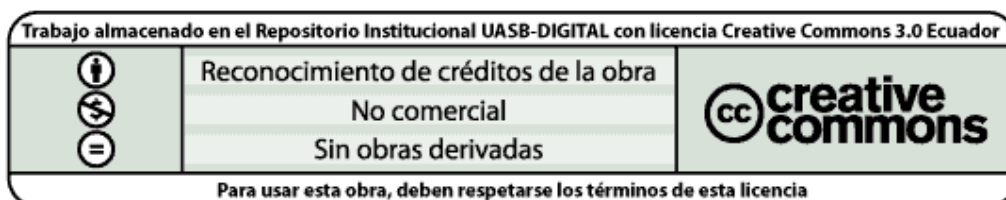
MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y

MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

**EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA ECUATORIANO EN
COMPARACIÓN CON OTROS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA; Y, CON LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ARGENTINA**

ABG. JUAN CARLOS AGUIRRE MÁRQUEZ

2012



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.

.....

JUAN CARLOS AGUIRRE MÁRQUEZ

24 DE MAYO DE 2012

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y

MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

**EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA ECUATORIANO EN
COMPARACIÓN CON OTROS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA; Y, CON LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ARGENTINA**

TUTOR:

DR. LUIS BENALCAZAR

ESTUDIANTE:

ABG. JUAN CARLOS AGUIRRE MÁRQUEZ

QUITO, 24 DE MAYO DE 2012

RESUMEN (ABSTRACT)

La contratación pública es una institución jurídica del Derecho Administrativo, que establece los medios o mecanismos de contratación para satisfacer el interés público y las necesidades colectivas.

Existen un sinnúmero de mecanismos o procedimientos de contratación pública, los cuales son regulados por cada legislación aplicable, muchos ellos son generalmente reconocidos en la doctrina y en las legislaciones especialmente de nuestra región.

Dentro de estos procedimientos, los más comunes en las diversas legislaciones, son los de Subasta Inversa y Licitación.

La Subasta Inversa es un procedimiento precontractual de contratación pública para la adquisición de bienes o servicios, a través de una negociación de precios entre proveedores preseleccionados debidamente calificados, los cuales pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos, siendo adjudicado el que oferte el precio más bajo. Procedimiento recientemente incorporado en nuestra normativa.

Sin embargo, de ser nuevo este procedimiento de contratación, en nuestra legislación, doctrinariamente es tan antiguo como los contratos administrativos. De ahí su importancia de análisis y estudio, principalmente en su origen, definición, procedimiento y aplicación.

Para analizar, esta figura jurídica es necesario determinar su procedimiento y compararlo con otros procedimientos, principalmente con el procedimiento regla de contratación "La Licitación", tanto doctrinariamente con las legislaciones similares de la región, en especial con la argentina y peruana.

DEDICATORIA

La génesis, evolución y conclusión de este proyecto está dedicado primeramente a Dios, Ser Supremo y Todopoderoso, que me ha dado la vida y fortaleza; sin la ayuda de él, no me hubiera permitido lograr ningún objetivo tanto académico como profesional.

De la misma manera, dedico a mis padres, José y María Eugenia, quienes han sido los pilares fundamentales en mi vida estudiantil, profesional y vivencial, así como el gran ejemplo a seguir en todas mis actividades y deberes.

También dedico este trabajo a mi querida esposa María Fernanda Rodríguez; y, mis hermanos José Luis, María Fernanda y Bella María, por ayudar y cooperar en este gran esfuerzo, que no inicia ni termina con la presente tesis.

Dedico también a mis profesores, personal docente, compañeros y amigos tanto del Colegio Spellman como de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por enseñarme a ser, como diría Don Bosco, “un buen cristiano y un honrado ciudadano”.

Finalmente dedico la presente tesis, a los lectores de la misma, funcionarios públicos, interesados, y personas que cada día intervienen en la contratación pública, quienes tratan de velar por el interés público y cumplir con los principios de esta institución jurídica.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco principalmente a mi padre, por la colaboración en la elaboración y análisis de la presente tesis, quien me ha ayudado a discernir y conocer los temas relacionados con la contratación pública.

De la misma manera agradezco, al Dr. Luis Benalcázar, profesional del derecho, reconocido nacionalmente por su cátedra, quién ha sido el tutor de la presente tesis.

También agradezco, al Ing. Eddy Portilla, Director del RUP del Instituto Nacional de Contratación Pública, encargado del procedimiento de Subasta Inversa, por haber sido una persona muy dedicada y quien con su conocimiento práctico del tema, me incentivo a conocer más aún del tema.

Finalmente agradezco a la Universidad Andina “Simón Bolívar” y a todo su personal docente y administrativo, primeramente por haber posibilitado la elaboración de este proyecto; y, porque durante toda la carrera del post grado incentivaron al estudio y conocimiento de esta rama tan importante del Derecho.

TABLA DE CONTENIDO

EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA ECUATORIANO EN COMPARACIÓN CON OTROS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA; Y, CON LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ARGENTINA

Detalle	Pag.
Introducción	8
Capítulo I	
La subasta Inversa	11
1.1 La contratación pública y la subasta inversa.	11
1.2 Acercamiento y delimitación de la subasta inversa.	21
Capítulo II	
Análisis del Procedimiento de Subasta Inversa con otros procedimientos de contratación	33
2.1 Procedimiento de Subasta Inversa.	34
2.2 Diferencia con el procedimiento dinámico de catálogo.	58
2.3 Diferencia con el procedimiento de Licitación.	77
Capítulo III	
La Subasta Inversa ecuatoriana en comparación con las legislaciones peruana y argentina	98
3.1. Acercamiento a las nuevas reformas en la contratación pública de las legislaciones peruana y argentina con relación a la ecuatoriana.	100
3.2. Similitudes y diferencias.	120
Conclusiones	126
Bibliografía	131

INTRODUCCIÓN

El Derecho es una ciencia social muy amplia, la cual tiene una infinidad de acepciones, las principalmente reconocidas, son las de Derecho Público y las de Derecho Privado.

La figura jurídica de la “contratación” es tan antigua como el Derecho mismo, o aún más, tan pretérita como la existencia de la sociedad y de sus relaciones.

Situación que dificulta enmarcar a la “contratación” dentro del Derecho Público o Privado.

Sin embargo, al tratar de contratación pública, obviamente en criterios jurídicos actuales, podríamos discernir que es parte del Derecho Administrativo y por ende enmarcado en el Derecho Público, pero no alejado en su totalidad del Derecho Privado, como fuente supletoria.

Al hablar de contratación pública podríamos decir que es una institución jurídica del Derecho Administrativo, que establece los medios o mecanismos de contratación que permiten al Estado o las instituciones públicas cumplir con su finalidad pública, es decir, satisfacer el interés público y las necesidades colectivas.

Empero, doctrinaria y legalmente existen un sinnúmero de mecanismos o procedimientos de contratación pública, algunos de ellos mayoritariamente reconocidos en la doctrina y en las legislaciones especialmente de nuestra región.

Dentro de estos procedimientos, los más comunes, son los de Subasta Inversa y Licitación, aunque para algunos juristas el primero es una desagregación del segundo.

La Licitación ha sido reconocida como el procedimiento regla en nuestra legislación de contratación pública desde los años noventa; y, doctrinariamente, el mayoritariamente aplicado y utilizado, por lo menos en nuestra región andina.

A diferencia de la Subasta Inversa, la cual ha sido incorporada recientemente en nuestra legislación, pese a que en la doctrina también es de los procedimientos más antiguamente reconocidos.

La Subasta Inversa es un procedimiento precontractual de contratación pública para la adquisición de bienes o servicios, a través de una negociación de precios entre proveedores preseleccionados debidamente calificados, los cuales pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos, siendo adjudicado el que oferte el precio más bajo.

Sin embargo, de ser nuevo este procedimiento de contratación, en nuestra legislación, doctrinariamente es tan antiguo como los contratos administrativos. De ahí su importancia de análisis y estudio, principalmente en su origen, definición, procedimiento y aplicación.

Por lo que, en el presente análisis se determina su origen así como la definición de Subasta Inversa, tanto etimológica, gramatical y jurídicamente.

Posteriormente se establece los tipos de subasta existentes en la doctrina, de los cuales se desprende que la Subasta Inversa es una mixtura de los mismos.

Para analizar a continuación, esta figura jurídica desde su origen y concepción en la legislación nacional, así como determinar su evolución, características y procedimiento, principalmente establecido en nuestra legislación.

Para posteriormente compararlo con otros procedimientos, principalmente con el procedimiento regla de contratación “La Licitación” y con el procedimiento de “Catálogo”, que nuestra legislación lo enmarca conjuntamente con la “Subasta Inversa”, como normalizados, así como determinar su origen, procedimientos y consideraciones de los mencionados procedimientos tanto doctrinariamente como de forma legal.

Para finalmente, realizar una comparación entre el procedimiento establecido en nuestra legislación con el regulado por otras legislaciones similares de la región, en especial con la argentina y peruana.

CAPÍTULO I

LA SUBASTA INVERSA

1.1 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA SUBASTA INVERSA

La contratación pública es una institución jurídica que se encuentra enmarcada dentro del Derecho Administrativo, y este a su vez, dentro del Derecho Público.

Entendiendo al Derecho Público como “el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados”¹.

Mientras que en palabras del jurista argentino, Roberto Dromi, ampliamente reconocido en temas de Derecho Administrativo como en la contratación pública, define al Derecho Administrativo como “el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello podemos decir que el Derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.”².

Según el reconocido jurista mencionado, en el Derecho Administrativo es indiscutible que esta compuesto de los actos y hechos administrativos que son regulados por el Derecho Público, dada la personalidad siempre pública del Estado, por lo que determina que existen formas administrativas reguladas por este Derecho, como son las siguientes:

¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Edición 1998, Buenos Aires, p.123.

² Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 12 Edición, 2009, p. 254.

- Acto Administrativo
- Reglamento Administrativo
- Actuación ínter administrativa
- Hecho Administrativo.
- Contrato Administrativo.³

Es decir, la contratación pública es una forma jurídica administrativa, que al tratarse de Derecho Público, y de Derecho Administrativo, por esencia es formalista y solemne⁴, ya que como lo dice el viejo aforismo del derecho “en Derecho Público únicamente se puede hacer lo establecido en las leyes, reglamentos y demás normas positivas”.

La contratación pública, es una institución jurídica del Derecho Administrativo, ya que esta rama del derecho, principalmente regula lo relacionado con la actividad administrativa, la responsabilidad administrativa, los actos administrativos y contratos administrativos. La doctrina de los contratos administrativos se puede enmarcar dentro del ámbito de la contratación pública.

Si bien los contratos existieron desde las primeras formas de sociedad, con la aparición de un efectivo orden jurídico, nació la teoría de las convenciones, lo que originó directamente el régimen general de los contratos.

En el derecho romano, la convención (conventio, pactum o pactio) era el acuerdo de voluntad de varias personas, sobre un asunto cualquiera, siendo su objeto, desde el punto de vista jurídico, crear, modificar o extinguir derechos; y, los contratos eran aquellas convenciones sancionadas por el derecho civil, por

³ Cfr. ibidem, p. 255.

⁴ Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en el *Diccionario Jurídico Elemental*, solemne significa “Referido a los actos y contratos jurídicos, el auténtico y eficaz por estar revestido de la forma exigida por la ley para su validez”.

medio de acciones y que tenían un nombre determinado, o más bien, las convenciones que tenían una denominación especial.

El régimen general de los contratos se estructura sobre dos bases inmovibles:

- a) El acuerdo de las voluntades individuales, como medio eficaz para establecer los vínculos contractuales, su contenido y sus efectos; y,
- b) La vigencia de ese acuerdo entre las partes, con una fuerza semejante a la de la ley.

Los contratos a lo largo de los años han tenido que adaptarse a las nuevas exigencias y nuevas relaciones de la sociedad, esto es, a través de nuevas modalidades, nuevos requerimientos, lo que ha ocasionado mutaciones a los mismos, a fin de que los contratos puedan jugar un papel preponderante en las relaciones jurídicas de la sociedad.

Dentro de estas relaciones jurídicas de la sociedad, también se encuentran, las relacionadas con las actividades del Estado o de sus instituciones administrativas lo que ha originado, que el contrato administrativo, evolucione y busque nuevas formas, métodos o procedimientos previos a su celebración.⁵

Para enmarcarnos de mejor manera dentro de esta institución jurídica, el contrato administrativo, es necesario determinar una definición del mismo, pese a que la doctrina jurídica aún discute si este se diferencia a no del contrato civil.

Si bien a mi entender, como al de varios doctrinarios, el contrato administrativo, obtiene varias características del contrato civil y las adapta a las exigencias del interés público, este “ es un acuerdo o convenio a que llega una

⁵ Cfr. Héctor Jorge Escola, *Compendio de Derecho Administrativo*, Volumen II, Buenos Aires, Editorial Depalma, Buenos Aires, Edición 1990, pp. 597 – 601.

entidad pública, Estado o entidades del sector público, con una persona natural o jurídica, que toma el nombre de contratista, este convenio o acuerdo es para dar, hacer o no hacer algo, a cambio de un precio justo y con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas”⁶.

También Roberto Dromi, como uno de los doctrinarios argentinos más identificados y reconocidos en la materia, definen al contrato administrativo como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁷.

En este mismo sentido, en la doctrina española, se define que los contratos administrativos “son aquellos contratos que siendo una de las partes una Administración Pública tienen un objeto directamente relacionado con la actividad administrativa y, en consecuencia, están sometidos a un régimen jurídico exorbitante del Derecho privado (...) El concepto de contrato en el Derecho administrativo no es sustancialmente distinto que el del Derecho privado. Lo que ocurre es que partiendo de un sustrato común que comparte con el Derecho privado el Derecho administrativo adapta esta figura a las necesidades del giro o tráfico administrativo”.⁸

Es decir, el contrato administrativo, al igual que el contrato civil, debe tener elementos indispensables, para su existencia y validez, como son:

- Sujeto
- Voluntad
- Capacidad y competencia

⁶ Cristóbal Vaca Nuñez, *Fundamentos de la Contratación Pública*, Quito, 2009, pag. 22.

⁷ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 453.

⁸ Espasa Siglo XXI, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 1999, pp. 245-246.

- Objeto
- Causa
- Forma; y,
- Finalidad jurídica.⁹

Una vez que cumpla con estos requisitos indispensables, se adapta a las exigencias del interés público, esto significa que:

- Los sujetos que actúan en el contrato administrativo son: Como requisito sine qua non e indispensable, que una de las partes sea el Estado o una entidad pública que lo represente investida de la competencia respectiva; y, por otra parte, una persona natural o jurídica, consorcio o asociación, pública o privada, nacional o extranjera, legalmente capaz para contratar; que vaya a dar, hacer o no hacer algo, con la finalidad de cumplir con el interés público.
- Voluntad: La voluntad expresa, es parte de la solemnidad de los contratos administrativos, esta voluntad no debe tener vicios en el consentimiento. Además de la voluntad, en el contrato administrativo, la formalidad es que las partes sean legalmente capaces para contratar, en cuanto al funcionario que representa al Estado o a la entidad pública, esta capacidad se transforma en competencia; es decir, que debe estar constitucional, legal y reglamentariamente facultado para actuar en esa calidad. En cuanto al otro contratante, este también debe ser legalmente capaz para contratar.
- Capacidad y competencia: “La capacidad es la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. La capacidad está contemplada en el

⁹ Cfr. Cristóbal Vaca Nuñez, *Fundamentos de la Contratación Pública*, op. cit., p. 19.

Código Civil como inherente a la capacidad de la persona (...) sin embargo, al hablar de entidades contratantes, éstas deben ostentar competencia para contratar. Éste es un requisito indispensable para la celebración de un contrato administrativo, y proviene exclusivamente de la norma jurídica”.¹⁰

- Objeto: A más de que el objeto debe ser lícito, en los contratos administrativos, este objeto debe cumplir con la finalidad de satisfacer las necesidades e interés público, por lo que los beneficiarios del mismo, a diferencia de algunos contratos civiles, no son únicamente las partes involucradas sino en especial satisfacer las necesidades de la comunidad y buscar el interés público. Este objeto principalmente es la adquisición de bienes, ejecución de obras, y/o prestación de servicios, en las diferentes formas establecidas en la ley, el cual debe estar claramente definido.
- Causa: Este elemento enmarca que la contratación debe ser sobre un objeto real, lícito, con una razón debidamente planificada y justificada que busque como fin mismo satisfacer las necesidades colectivas y buscar el interés público, tanto de los contratantes, como de posibles terceros y comunidad en general. Así mismo, en la causa se debe determinar que los medios son legítimos y legales en busca de una finalidad pública.
- Forma: La forma en el contrato administrativo es un elemento diferenciador de otros tipos de contratos, ya que como lo hemos mencionado anteriormente, este tipo de contrato se caracteriza por la

¹⁰ Antonio José Pérez; Daniel López; y, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, Primera Edición, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2011, p. 3.

solemnidad y formalismo de su procedimiento para su validez, tanto en el inicio (etapa precontractual), en su suscripción (etapa de adjudicación); y, en su ejecución y terminación (etapa contractual y final). Por lo que, el contrato administrativo tiene que ir siempre de la mano, de la formalidad establecida en la Constitución, leyes, pliegos de condiciones; y, normativa reglamentaria, aplicables.

- Finalidad jurídica: Como lo hemos señalado, el contrato administrativo es el medio, para satisfacer las necesidades en busca del interés público, y justamente el buscar satisfacer este interés público, es elemento diferenciador del contrato administrativo, ya que como se ha señalado anteriormente, la finalidad no es únicamente el satisfacer los intereses de los contratantes sino que va más allá y se transforma en una finalidad colectiva y pública.

Como observamos entre el contrato administrativo y el contrato civil existen más semejanzas que diferencias, pero podríamos determinar como principales diferencias¹¹, las siguientes:

- En el contrato administrativo en los contratantes, como requisito indispensable se encuentra el Estado o las entidades públicas; en cambio en el contrato civil, pueden ser personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, con la condición de que sean legalmente capaces para contratar y obligarse.
- El contrato administrativo tiene como finalidad el bien común o interés público, mientras que el contrato civil generalmente busca satisfacer el interés particular.

¹¹ Cfr. Ediciones Legales, *Guía Práctica del Régimen de Contratos Públicos*, Tomo I, Quito, Editorial Impresores MYL Ediciones Legales EDLE S. A., 2009, p. 30.

- El contrato administrativo se caracteriza por la solemnidad de sus actos, para su plena validez, a diferencia que en el contrato civil, se establecen las condiciones a través de la voluntad de las partes.
- El contrato administrativo se sujeta al ámbito de derecho público y supletoriamente al ámbito privado; mientras que el contrato civil se somete al ámbito privado por esencia.

Una vez que nos hemos enmarcado en los parámetros del contrato administrativo, que es la esencia de la contratación pública, podemos determinar que es un medio jurídico que busca obtener el interés público o satisfacer las necesidades a fin de obtener el bien común.

Pero que es la contratación pública, “es todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría”¹², necesario para llegar a satisfacer el interés público, si bien la contratación pública es un medio jurídico, esta institución jurídica tiene un sinnúmero de caminos, modalidades o procedimientos para llegar a su finalidad.

Estos caminos o procedimientos, al tratarse de Derecho Público, siempre deben encontrarse establecidos en el Derecho Positivo, entendido como tal las leyes, normas, reglamentos e instructivos vigentes en un territorio determinado (jurisdicción).

Razón por la cual, cada país, tendrá su propia normativa aplicable, la cual si bien debe basarse en instituciones jurídicas doctrinarias ampliamente reconocidas, marcos regulatorios y legislativos claros, no siempre son iguales

¹² Ibidem, p. 49.

en todos los países, ni siquiera en los de nuestra región; sin embargo, la tendencia es buscar la homologación, como acontece en la comunidad europea y conforme las recomendaciones de organismos especializados e indicadores mundiales.

Para combatir la preocupación de muchos gobiernos y “de la comunidad internacional para el desarrollo es la mayor efectividad, eficiencia y transparencia de los sistemas de adquisiciones. De un modo similar, todos han admitido que la mayor efectividad del uso de los fondos públicos incluyendo fondos provistos a través de la asistencia oficial para el desarrollo requiere la existencia de un sistema nacional de contrataciones públicas que cumpla con las normas del ámbito internacional y que funcione en la práctica según lo previsto”¹³.

Por estos motivos, nuestro país trató de adecuarse y actualizarse, a los procedimientos de contratación reconocidos con anterioridad en varios países, principalmente de nuestra región, con lo cual promulgó el 4 de agosto de 2008, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, reformas a la legislación de contratación pública, con esta reforma, principalmente se buscó adecuar los procedimientos anteriormente utilizados, con los nuevos establecidos en la región.

Con la promulgación y publicación de esta nueva normativa, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, justamente lo principal que se buscó en unificar, a través de un sistema, los procedimientos de contratación pública.

¹³ Banco Mundial, *Metodología para la Evaluación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones Públicas*, Sobre la Base de los Indicadores del Grupo de Trabajo del Banco Mundial – OCDE/CAD, Versión 4, 2007, p. 1.

Los procedimientos de contratación, constantes en nuestra legislación vigente, son principalmente los siguientes:

- Catálogo Electrónico
- Subasta Inversa
- Menor Cuantía
- Cotización
- Licitación
- Consultoría (Contratación Directa, Lista Corta y Concurso Público)
- Adquisición de bienes inmuebles y arrendamiento de bienes inmuebles y muebles.
- Precio Fijo
- Régimen Especial (Emergencia, Seguridad Interna y Externa, Transporte de Correo, Instituciones Financieras y de Seguros, Sectores Estratégicos, Comunicación Social, Asesoría y Patrocinio Legal, Fármacos, Seguros, Único Proveedor, Accesorios y Repuestos, Obras Artísticas, Literarias o Científicas, Pasajes, Interadministrativos, financiados por Organismos Multilaterales de Crédito, entre otros).

Varios de estos procedimientos existen en nuestra legislación desde mucho antes de la última reforma de 2008, principalmente con la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, promulgada con Decreto Supremo número 679, publicado en el Registro Oficial número 159, del 27 de agosto de 1976, posteriormente se mantuvo con la Ley de Contratación Pública, 1990; publicada en el Registro Oficial número 501 de 16 de agosto de 1990; y, se ratificó con la Codificación a la Ley de Contratación Pública publicada en el

Registro Oficial 272 de 22 de febrero de 2001, como es el caso del procedimiento regla “La Licitación”, como algunos de régimen especial, de adquisición de bienes inmuebles y de consultoría.

Pero para mi parecer, el procedimiento más novedoso incorporado en la citada reforma de nuestra legislación, fue la incorporación de la Subasta Inversa. Si bien para algunos doctrinarios la Subasta Inversa, es una modalidad del procedimiento regla “La Licitación”, conforme se analizará posteriormente en el presente estudio; este procedimiento recientemente incorporado en la legislación nacional, con la última reforma, es en la actualidad es el más utilizado.

Por tal motivo, he decidido realizar el presente análisis, en el cual se determinará los lineamientos y parámetros de la Subasta Inversa, tanto en la legislación actual como doctrinariamente, a fin de determinar con claridad su origen y aplicación.

1.2 ACERCAMIENTO Y DELIMITACIÓN DE LA SUBASTA INVERSA

La Subasta Inversa es un procedimiento precontractual, doctrinario y legal, establecido por la contratación pública, para la adquisición de bienes o prestación de servicios, exceptuando a las obras y consultoría, a favor del Estado o instituciones públicas, con la finalidad de satisfacer el interés público.

Si bien, este procedimiento de contratación es novedoso y recientemente incorporado en nuestra legislación de contratación pública, no es menos cierto, que la subasta es tan antigua, como los mismos contratos administrativos.

Como se analizó anteriormente, desde los inicios de la sociedad, existían ya indicios de contratación, posteriormente se fue perfeccionando el método para llegar a la misma, y con ello, la necesidad de establecer un sinnúmero de mecanismos, dentro de los cuales se encuentra la Subasta Inversa.

En este sentido, comencemos analizando etimológicamente, la definición de Subasta Inversa.

Subasta significa: “Venta pública de bienes que se hace al mejor postor, y regularmente por mandato y con intervención de un juez u otra autoridad. Adjudicación que en la misma forma se hace de una contratación, generalmente de servicio público”¹⁴; e, Inversa significa “al contrario, de manera opuesta”¹⁵; de lo que se desprende que Subasta Inversa es una modalidad de contratación mediante la cual se adjudica al mejor postor considerando el precio más bajo, de forma inversa a la subasta común que el mejor postor es quien ofrece el mejor precio.

El origen de la subasta, como lo hemos anotado se remonta a la antigüedad especialmente a la romana, y su génesis es del término “Ex auctionibus hastae”, de donde tomó origen la palabra española subasta (bajo la lanza).

“Entre los romanos cuyas instituciones eran todas militares, la lanza representaba gran papel. Hasta censoria era la lanza que los censores clavaban en la plaza pública para anunciar la subasta de las rentas del Estado. Hasta centumviralis era la señal de la jurisdicción de los centumviros, y por esto el juicio de estos magistrados se llamaba juicio de la lanza, iudicium hastae. Hasta fiscalis era la que se clavaba para anunciar la venta de algo perteneciente al Fisco, con lo que se autoriza su venta a los ojos de los particulares. Hasta proctoria o venditiones, era, en fin, aquella a que se alude en este pasaje de Suetonio; clavábase en señal de que iba a venderse a la puja, en virtud del decreto del pretor, los bienes de los ciudadanos proscritos o condenados. (...) De acuerdo a textos antiguos griegos, las primeras subastas tuvieron lugar en Babilonia en el año 500 antes de Cristo. En aquella época las subastas

¹⁴ Planeta, *Nueva Enciclopedia Planeta*, Volumen Quinto, Barcelona, Editorial Planeta, 1987, p. 1598.

¹⁵ *Ibidem*, p. 945.

*ocurrían anualmente y se vendían mujeres casaderas. Estaba considerado ilegal vender una hija fuera del sistema de subasta. Las mujeres más bellas conseguían pujas más elevadas, las menos agraciadas tenían que pagar una cantidad para ser aceptadas en la subasta, con lo que su precio total era negativo.*¹⁶

“A pesar de que transacciones como las anteriormente descritas habían tenido auge en sus respectivas sociedades, el sistema de venta basado en subastas había sido relativamente raro hasta el siglo XVII. Posiblemente, la más antigua casa de subastas al mundo, la Estocolmo Auction House (Estocolmo Auktionsverk), se estableció en 1674 en Suecia.

A finales del siglo XVIII, poco después de la Revolución Francesa, las subastas llegaron a celebrarse en las tabernas para vender artículos de arte. Dichas subastas se celebraban diariamente y los catálogos eran imprimidos para anunciar elementos disponibles que generalmente eran artículos de colección raros. En algunos casos estos catálogos terminaron por convertirse en obras de arte que contenían infinidad de detalles sobre los artículos en subasta. Las dos casas de subasta más importantes, Sotheby's e Christie's, llevaron a cabo su primera subasta oficial en 1744 y 1766 respectivamente.

*En el caso de las subasta dinámicas, el que dirige y adjudica públicamente al ganador de la mejor puja (oferta) se denomina subastador o martillero, en referencia al uso de un martillo madera que golpea sobre un mesón para indicar la finalización de la subasta.*¹⁷

En el ámbito jurídico, la subasta o remate normalmente es utilizada para la venta de bienes o servicios, al postor que oferte el mejor precio, normalmente el precio más elevado.

Esta figura jurídica, también es utilizada en la contratación pública, por lo que se define como “un procedimiento precontractual para adquirir bienes o servicios que se encuentren estandarizados con las mismas características técnicas; hecho lo cual, los proveedores llegan a una fase de puja en la que se adjudicará al proveedor que oferte el menor precio”.¹⁸

La subasta es una de las formas de licitación pública, como el concurso, y se caracteriza por el automatismo, ya que el contrato se adjudica a la mejor oferta económica¹⁹, entendida como tal la oferta económica más barata.

Según nuestra legislación, la Subasta Inversa se encuentra definida en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece: “Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar

¹⁶ *La Historia de la Subasta*, en <http://www.asinorum.com/historia-de-la-subasta/727/> (30-05-2010).

¹⁷ *Subasta*, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta> (26-09-2009)

¹⁸ Cristóbal Vaca Nuñez, *Fundamentos de la Contratación Pública*, op. cit., p. 81.

¹⁹ Cfr. Espasa Siglo XXI, *Diccionario Jurídico Espasa*, op. cit., p. 246.

subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPUBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes. El Reglamento a la presente Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas.”²⁰.

En concordancia con el artículo 44 de su Reglamento General de Aplicación que señala que: “La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec. Las adquisiciones de bienes y servicios normalizados cuya cuantía no exceda el monto señalado en el inciso anterior se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP y observando lo dispuesto en el artículo 60 de este Reglamento General; sin que dicha compra directa pueda realizarse como un mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley o en este Reglamento General. El INCOP establecerá el o los mecanismos para ponderar el criterio de mejor costo previsto en el artículo 6 número 17 de la Ley, con los criterios de valoración que

²⁰ *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 47.*

permitan incentivar y promover la participación nacional establecida en el artículo 25 de la Ley.”²¹.

De conformidad con lo establecido en el artículo 288 de la Constitución de la República que dispone que en las compras públicas se prioricen a los productos y servicios nacionales, en especial a las micro, pequeñas y medianas empresas; el Instituto Nacional de Contratación Pública, a través de los modelos obligatorios de pliegos, ha resuelto que se concedan márgenes de preferencia a las empresas nacionales, y en especial a las micro, pequeñas y medianas empresas, con la finalidad de velar porque estas tengan su participación activa en las contrataciones de las instituciones públicas, para lo cual ha determinado lo siguiente:

“Como parte integrante de la oferta técnica, se incluirá el formulario denominado Participación Nacional, en el cual se indicará el porcentaje de agregado nacional del bien o servicio a ofertar, cuya información servirá para evaluar el origen del bien o servicio objeto de la contratación, de acuerdo a los siguientes parámetros.

Origen nacional de un bien: cuando el valor FOB de las mercancías importadas incorporadas en él, no sea superior al 60% del precio ofertado, o dicho de otra manera, incorpore el 40% o más de agregado nacional.

Origen nacional de un servicio: si el oferente es una persona natural o jurídica domiciliada en el país, y más del 60% de su oferta represente el costo de la mano de obra, materias primas e insumos nacionales.

La información referente al tamaño de la empresa para la aplicación de los márgenes de preferencia, con relación a micro, pequeñas y medianas

²¹ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 44.

empresas será tomada de la información que consta en el Registro Único de Proveedores RUP, de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 del Reglamento General de la LOSNCP.

Para el caso de bienes: En función de lo establecido en la Sección III Condiciones Generales, numeral 3.1, segundo inciso, si la subasta se realiza entre proveedores de bienes de origen nacional se establecerán los márgenes de preferencia con relación al tamaño del proveedor, de acuerdo con el siguiente cuadro:

TIPO DE PROVEEDOR	MARGEN DE PREFERENCIA
Mediano	(Grande) 5%
Mype	(Mediano) 5% (Grande) 10%

Estos márgenes de preferencia no son aplicables en el caso de que participen únicamente ofertas que no se consideren de origen nacional.

Para el caso de servicios: Se aplicarán los márgenes de preferencia referente al origen del servicio y el tamaño del proveedor, detallados en el siguiente cuadro:

ORIGEN DEL SERVICIO	TIPO DE PROVEEDOR	MÁRGENES DE PREFERENCIA, RESPECTO A OFERTA:	
		EXTRANJERA	NACIONAL
EXTRANJERO		--	--
NACIONAL	GRANDE	10 %	--
NACIONAL	MEDIANO	15 %	(GRANDE) 5 %
NACIONAL	MYPE	20 %	(MEDIANO) 5 % (GRANDE) 10 %

Estos márgenes de preferencia, se aplicarán a cada una de las ofertas durante la Puja, para establecer los precios comparativos.”²²

²² Modelos obligatorios de pliegos, modalidad de Subasta Inversa Electrónica, publicado por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP-, en el Portal de Compras Públicas, numeral 4.6, última actualización con Resolución No. 044-2010, de 15 de junio de 2010.

El Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP-, Organismo Rector de la Contratación Pública ecuatoriana, define a la Subasta Inversa como “una herramienta utilizada para maximizar el ahorro del Estado, mediante la cual la adjudicación se la realiza a los oferentes que mejores precios ofertan en una subasta virtual de bienes y servicios normalizados”²³.

Pero para conocer más a profundidad el origen de la Subasta Inversa, considero necesario, realizar un breve análisis de los tipos de subastas existentes.

Según nuestra legislación, existen dos tipos de subastas inversas, la presencial²⁴ y la electrónica, mencionada anteriormente; entre ambas no existe mayor diferencia, se podría dilucidar que la única diferencia es la forma electrónica o física de realizar el procedimiento.

Pero doctrinariamente existen un sinnúmero de tipos de subasta, por lo que he seleccionado los tipos más conocidos, dentro de los cuales podemos señalar los siguientes:²⁵

a. Subasta en sobre cerrado

“La subasta en sobre cerrado es aquella en la que los postores presentan su oferta en una sola ocasión. Puede ser de primer precio si el ganador paga el precio que ofreció, o de segundo precio si el ganador paga el precio ofrecido por quien quedó en segundo lugar.”

²³ Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2009*, INCOP, 2010, p. 10.

²⁴ *Disposición Transitoria Quinta, del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.*

²⁵ Cfr. *Subasta Electrónica*, en http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electr%C3%B3nica (30-10-2009).

a.1 Subasta Round Robin

“Se trata de una variante de la subasta con oferta cerrada que viene utilizada primordialmente para la venta de inmuebles. Los interesados hacen sus ofertas en una bolsa cerrada y luego el subastador le comunica a los postores cuál es la oferta que se está adjudicando la subasta en esos momentos. Después de dicha comunicación, los participantes pueden tratar de superar la oferta máxima o abandonar la subasta.”

b. Subasta dinámica

“Los postores conocen las ofertas de su competencia y pueden modificar la suya mientras la subasta está abierta. La subasta dinámica puede ser ascendente (inglesa), que parte de un precio de reserva y consiste en que los postores vayan presentando precios ascendentes, ganando quien ofrezca el precio mayor; descendente (holandesa) que se inicia con un precio determinado, superior a todas las ofertas, y que el subastador va bajando por etapas: gana el postor que primero acepta un precio. En la subasta americana todos los postores deben pagar la oferta que hacen, pero sólo el que realiza la mejor oferta obtiene el producto.”

b.1 Subasta inglesa: “o de oferta ascendente: los compradores se encuentran en un lugar común (real o virtual) en un momento predeterminado. Cada comprador puede “oír” la oferta enviada por un comprador rival y tiene un tiempo limitado para responder. En las subastas “físicas” las ofertas deben ser recibidas en períodos del orden de segundos. En las subastas por internet, estos períodos pueden ser de minutos u horas. El precio del objeto subastado es creciente hasta que solamente una oferta permanece y “gana” el objeto.”

b.2 Subasta holandesa: “al contrario de la inglesa, se comienza con un precio alto del objeto que es bajado sucesivamente hasta que un comprador o varios aceptan el precio ofertado, especificando cuántos ítems comprarán al precio vigente. Mientras queden productos, se puede seguir bajando el precio. Se puede regular la velocidad de “vaciado” del inventario controlando la velocidad con la cual se baja el precio del producto. Este tipo de subasta se usa más frecuentemente para productos perecederos o para venta de pasajes de avión.”

c. Subasta a la baja

“También conocidas con el nombre de subasta inversa, en la que el postor ganador es aquel que realiza la puja única más baja. La subasta permanece abierta durante un tiempo determinado durante el cual la gente puede pujar sin que el resto de pujadores conozcan el valor de las pujas. Una vez finalizado el tiempo de la subasta, esta se cierra y se da a conocer el ganador de la misma.”

d. Subasta Céntimo a Céntimo

“Esta nueva variante de subastas fue inventada en Finlandia en 2008 y consiste en subir el precio del producto en un céntimo con cada puja realizada. Cada producto tiene un reloj, y la subasta sólo termina cuando finaliza la cuenta atrás y por tanto, cuando ninguna otra persona haya pujado por el producto durante el período marcado en su reloj. La última persona en pujar gana el producto por el importe que lo acompaña al finalizar la subasta.”

e. Subasta japonesa

“La principal característica de una subasta japonesa es que los compradores (postores) deben pujar en cada uno de los niveles para

permanecer activos en la subasta por el producto. Por ejemplo, si la puja inicial por un bien es 25€, todos los postores deben pujar por 25€. Si la siguiente puja son 30€, y un postor no puja con 30€, el postor no podrá seguir dentro de la subasta, incluso si desea pujar por más de 30€. La subasta continúa hasta que sólo queda un comprador.”

f. Subastas multi-unidad

“Son subastas que asignan múltiples unidades de un mismo bien. Son frecuentes en internet ya que la tecnología permite incrementar la factibilidad de subastas multi-unidad con precios crecientes: en una subasta de 10 unidades la computadora actualiza automáticamente las 10 mejores ofertas y la cantidad requerida para desplazar una de ellas.”²⁶.

Como señalamos existen un sinnúmero de formas de determinar los tipos de subasta, otra es la siguiente²⁷:

A. Por el Feedback (retroalimentación) que proporcionan al participante. Existen dos tipos principales:

“1. **Abierto** Permite ver la evolución de las cotizaciones a través de un diagrama. Es el más justo para el ofertante ya que permite hacer un análisis de la evolución de la subasta. Existen dos modalidades:

- **Individualizado:** Permite ver la evolución individual de cada participante.
- **Genérico:** Tan sólo se muestran los puntos de cotización pero sin diferenciar cotizantes.”

“2. **De posición.** Tan sólo se muestra la posición de nuestra oferta (ejemplo: ‘Terceros’). Modalidades:

²⁶ Cfr. *Aplicaciones de técnicas de IO al comercio electrónico*, en http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electr%C3%B3nica (02-01-2010).

²⁷ Cfr. *Subasta Electrónica*, en http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electr%C3%B3nica (30-10-2009).

- Se muestra nuestra posición.
- Se muestra nuestra posición y el precio de la posición anterior.
- Se muestra nuestra posición y el precio de la oferta ganadora.”

B. “Formatos de subasta

- **Normal.**
- **Decremento ganador.** Sólo se puede introducir una oferta ganadora.
- **Indexado.** Se reducen porcentajes sobre un índice comunicado previamente.
- **Transformado.** Sobre la oferta introducida, el cliente introducirá un valor corrector en función de algún parámetro de coste. Generalmente suele referirse al transporte.”

C. “Variaciones

- Sólo el precio más bajo gana.
- Puede ganar cualquiera de las ofertas introducidas aunque no sea la menor. Este es el procedimiento más utilizado por los clientes ya que se tienen en cuenta una serie de factores.
- Doble subasta. Primero se subastan los lotes y, luego, una agregación de todos los lotes tomando como precio de salida el menor de cada lote.

En conclusión, podemos señalar que la Subasta Inversa utilizada en nuestra legislación es una mixtura, con relación a los tipos de subastas existentes en la doctrina y anteriormente señaladas, como por ejemplo se parece mucho a la subasta holandesa en lo del precio más bajo; también tiene características, de la subasta dinámica, puesto que la oferta puede modificarse durante su ejecución; sin embargo, también contiene condiciones como la

subasta a la baja, ya que el precio es para la baja; visto de otra manera, es similar a la subasta abierta, porque los participantes conocen las ofertas de los otros interesados; y, también tiene características de la indexada, ya que el porcentaje de variación en cada oferta económica está determinado previamente.

Por lo que podríamos concluir que la Subasta Inversa es un procedimiento precontractual de contratación pública para la adquisición de bienes o servicios, mediante la cual, los proveedores debidamente calificados, en un período determinado de tiempo pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos, siendo adjudicado el que oferte el precio más bajo.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA CON OTROS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Como se ha establecido, la Subasta Inversa es un procedimiento de contratación pública, junto con el proceso de licitación, dentro de los más reconocidos tanto doctrinariamente como en las legislaciones especialmente de nuestra región.

La Subasta Inversa ha sido incorporada recientemente en nuestra legislación, pese a que en la doctrina también consta dentro de los procedimientos más antiguamente reconocidos.

Una vez que nos hemos enfocado claramente en la Subasta Inversa, tanto por su origen, definición y tipos; tanto legal como doctrinariamente, ahora correspondería determinar cuál es su origen en nuestra legislación así como el procedimiento a seguir dentro de la contratación pública y la posterior diferenciación con otros procedimientos de contratación, principalmente con la licitación y el catálogo electrónico.

La comparación con estos dos procedimientos de contratación pública, licitación y catálogo electrónico, se realiza ya que los procedimientos más comunes en la contratación pública son los de Subasta Inversa y Licitación, aunque para algunos juristas el primero es una desagregación del segundo.

Además la licitación ha sido reconocida como el procedimiento regla en nuestra legislación de contratación pública desde los años noventa; y,

doctrinariamente, el mayoritariamente aplicado y utilizado, por lo menos en nuestra región andina.

En cambio se lo compara con el procedimiento de “Catálogo”, ya que nuestra legislación lo enmarca conjuntamente con la “Subasta Inversa”, dentro de los procesos de contratación dinámicos cuando se trata de bienes o servicios normalizados.

2.1 PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA

Debemos comenzar analizando y determinando el procedimiento establecido para este mecanismo de contratación pública, tanto de forma doctrinaria como legal.

Como señalamos anteriormente, la Subasta Inversa, es un procedimiento de contratación antiguo, incorporado recientemente en nuestra legislación; sin embargo, como el derecho mismo, este procedimiento se va adaptando y acoplado a los cambios y relaciones de la sociedad, por lo que se encuentra en permanente transformación y actualización.

Asimismo, el procedimiento de Subasta Inversa, tiene que adaptarse a la normativa vigente, en cada territorio o nación, razón por la cual dependiendo de la normativa aplicable, tendrá ciertas características diferenciadoras, como procederemos a analizar posteriormente; sin embargo, la figura jurídica de la Subasta Inversa, principalmente en nuestra región, tiene varias semejanzas y rasgos muy similares, y doctrinariamente reconocidos.

Por lo que el presente análisis se realizará tomando a la Subasta Inversa en consideración tanto doctrinariamente como legalmente, en nuestro país.

La Subasta Inversa, como procedimiento de contratación pública, en nuestra legislación apareció en el Decreto Ejecutivo No. 1091, de 18 de mayo de 2008.

A la fecha mencionada, se encontraba vigente la Codificación a la Ley de Contratación Pública, actualmente derogada, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (normativa actualmente vigente); la cual no establecía como procedimiento de contratación a la Subasta Inversa; sin embargo, en la citada normativa el procedimiento regla era “La Licitación” y para los montos menores a Concurso Público de Ofertas, el procedimiento se ceñía al establecido por cada entidad contratante, los cuales comúnmente y en su mayoría eran muy similares al procedimiento regla.

Las principales justificaciones para implementar nuevos conceptos y procedimientos en la contratación pública ecuatoriana, a través del Decreto Ejecutivo No. 1091, según la Dra. Inés Baldeón²⁸, fueron principalmente las siguientes:

- Los procesos de contratación eran engorrosos, lentos y no transparentes.
- Provocaban corrupción.

²⁸ Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Consultora en temas de reforma legal e institucional; Cursos de Postgrados en Derecho Administrativo y Contratación Pública en universidades nacionales y extranjeras.- Cursante del Doctorado en Derecho Administrativo Universidad de Salamanca España.- Catedrática Universitaria.- Ponente en foros nacionales y extranjeros. Fue parte del equipo de trabajo, que elaboró el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, normativa actualmente vigente, equipo que estuvo integrado adicionalmente por el Dr. Vicente Peralta León, Subsecretario General Jurídico de la Presidencia, el Dr. Jorge González, actualmente Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública; la Econ. Verónica Sión, entonces Directora Ejecutiva del CNPC; el Ing. Paulo Rodríguez, actual Director Ejecutivo del CNPC; el Ing. Víctor Cruz, entonces Subsecretario de Innovación Tecnológica y Compras Públicas y el Ing. Romel Puchaicela, miembro de la Subsecretaría de Innovación Tecnológica.

- La ley era dirigida principalmente a la regulación de ejecución de obras, sin que responda a las necesidades propias de las adquisiciones de bienes y prestación de servicios.
- Existencia de excesiva disparidad de la normativa vigente, lo que generaría inseguridad jurídica, principalmente por la normativa interna de cada institución pública.²⁹

Adicionalmente conforme consta del informe de “Mapa de Riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador” a través del Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes realizado en el año 2002, por la Organización TI LAC – Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe-, la Ley de Contratación Pública anterior actualmente derogada, contenía vulnerabilidades en su ejecución principalmente en los siguientes aspectos:³⁰

- Existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.
- Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites.
- Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas de las respectivas licitaciones.

²⁹ Cfr. Dra. Inés María Baldeón B., *La Subasta Inversa en la Contratación Pública, Análisis del Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008*, Quito, 2008, pp. 13- 14.

³⁰ Cfr. Organización TI LAC – Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe, *Mapa de Riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador*, Ciudadanía – Ley – Desarrollo Sostenible, Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes, 2002, pp. 6-28.

- Falta de estudios previos o de deficiente calidad y sesgo cuando se realizan.
- Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.
- Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.
- Falta de garantías al derecho de contradicción.
- Procesos de decisión en licitaciones que asignan "Puntuación a la calidad de lo ofertado".
- La responsabilidad sobre autorizaciones, diseño y evaluación en los procesos de licitación recae en una persona o pocas personas, sin una adecuada supervisión.
- Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.
- Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos o empleo de determinados profesionales.
- Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas.
- Exigencia de garantías no razonables.
- Inexistencia de sanciones para los oferentes, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.
- Falta de información sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.
- Exceso de libertad en interpretación de decisiones.

- Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.
- Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.
- Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los contratistas del Estado.
- Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.
- Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.

Razones por las cuales se creyó conveniente promulgar una nueva Ley, que regule la contratación pública en el país.

Pero esta inserción de nuevos mecanismos en la legislación nacional, no se dio únicamente con el Decreto No. 1091, ya que para su aplicabilidad, se fue paulatinamente modificando la normativa.

Primeramente con Decreto Ejecutivo No. 258, publicado en el Registro Oficial No. 66 de 18 de abril de 2007, posteriormente reformado con el Decreto Ejecutivo No. 386, de 21 de junio de 2007, se creó el Sistema Nacional de Compras Públicas y el Registro Único de Proveedores, el organismo competente era la Subsecretaría de Innovación Tecnológica y Compras Públicas del Ministerio de Industrias y Competitividad.

El siguiente paso, fue la creación del Portal del Sistema Oficial de Información de Contratación Pública y de Consultoría del Ecuador (www.compraspublicas.gov.ec)³¹, con Decreto Ejecutivo No. 744, publicado en el Registro Oficial No. 221, de 28 de noviembre de 2007, en sustitución de

³¹ Actualmente el portal de compras públicas del Ecuador es www.compraspublicas.gov.ec.

Contratanet, y como inició el Portal de Compras Públicas, sitio web oficial de la contratación pública ecuatoriana en la actualidad.

Pero cual es la regulación emitida por el Decreto Ejecutivo No. 1091, de 18 de mayo de 2008, actualmente derogado y que dio origen en la legislación nacional a la Subasta Inversa.

Como se señaló, la Codificación a la Ley de Contratación Pública, actualmente derogada, pero Ley vigente a la publicación del Decreto Ejecutivo No. 1091, establecía en el inciso segundo del literal b) del artículo 4, lo siguiente:

“La adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 previsto en el literal b) por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujetarán 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 uno de los organismos contratantes.”³².

En aplicación de la normativa citada, el Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, con Decreto Ejecutivo No. 1091, de 18 de mayo de 2008, publicado en Registro Oficial No. 351, de 3 de junio de 2008, expide el “Reglamento de Contrataciones para la Adquisición de Bienes y la Prestación de Servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya Cuantía sea Inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio

³² *Codificación a la Ley de Contratación Pública, artículo 4, literal b), actualmente derogado.*

económico de las entidades que conforman la administración pública central y la administración pública institucional”.

En el citado Reglamento, con el que por primera vez en nuestra legislación nacional, se incorpora el procedimiento de Subasta Inversa, se define a la misma, en su artículo 9, el que establece que:

“Art. 9.- SUBASTA INVERSA.- La subasta inversa es la modalidad de selección por la cual una entidad realiza la adquisición de bienes normalizados a través de una oferta pública en la cual, el participante ganador será aquel que ofrezca el menor precio en igualdad de condiciones. Esta modalidad de selección se realizará de manera electrónica, y únicamente para casos justificados en que no se pueda utilizar por este medio, se realizará de forma presencial. La subasta inversa electrónica se realizará a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, contando con las seguridades, registros, controles y pistas de auditoría correspondientes.”³³

En el mismo Reglamento, en el artículo 13 se regula por primera vez en nuestra legislación nacional, las etapas de este procedimiento, de la siguiente manera: “Las etapas en esta modalidad de selección son:

- 1) Convocatoria.
- 2) Aclaraciones.
- 3) Calificación de participantes.
- 4) Presentación de propuestas.
- 5) Puja.
- 6) Adjudicación.

³³ *Reglamento de Contrataciones para la Adquisición de Bienes y la Prestación de Servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya Cuantía sea Inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico de las entidades que conforman la administración pública central y la administración pública institucional, artículo 9, actualmente derogado.*

El término entre la convocatoria y la presentación de propuestas no será menor a cinco días.”³⁴

El mencionado Reglamento, señala como el acto de Subasta Inversa Electrónica, al establecido en su artículo 15, “En el día y hora señalados en la convocatoria, se realizará la subasta inversa electrónica a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.(...) El período durante el cual se efectúe la puja será de un máximo de 60 minutos contados a partir de la hora establecida en la convocatoria.(...) Todos los participantes pueden realizar, durante el período de puja, las ofertas sucesivas a la baja, que consideren necesarias.”³⁵

De esta manera se dio origen en nuestra legislación al procedimiento de Subasta Inversa, el cual podríamos resumir que trata únicamente sobre bienes normalizados, de forma electrónica o presencial, según el caso lo establezca; para lo cual previamente deberá realizar una convocatoria pública, además establecer una etapa de aclaraciones, para posterior a la recepción de las ofertas se proceda con la calificación de los oferentes; y, solo los calificados pasan a la siguiente etapa, llamada “Puja” en la que puedan realizar sus ofertas económicas a la baja; y, el mejor postor económico sea el adjudicado.

Para el cumplimiento de estas disposiciones, el Decreto Ejecutivo No. 1091, establece una transición y las entidades públicas sometidas al mismo; lo cual se encuentra regulado en el Capítulo V, Disposiciones Transitorias, Segunda, que señala: “Los organismos y entidades del sector público comprendidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, deberán adecuar sus reglamentos e

³⁴ *Id. Artículo 13, actualmente derogado*

³⁵ *Id. Artículo 15, actualmente derogado*

instructivos internos a las normas del presente decreto, en el plazo máximo de hasta quince días contados a partir de su vigencia.”³⁶

Es decir, inicialmente esta normativa solo era aplicable a las entidades públicas regidas por el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, esto es, las entidades correspondientes a la administración pública central y la administración pública institucional, dependientes de la Función Ejecutiva exclusivamente.

Pero como lo indica la Dra. Inés Baldeón, el Decreto Ejecutivo expedido tuvo una duración muy corta, exclusivamente hasta la expedición de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y se constituyó en un “puente” para llegar a este nuevo procedimiento de contratación. Sin embargo, como lo señala la misma profesional del Derecho, la Subasta Inversa en el mencionado Decreto fue establecida como procedimiento regla pese a que en un inicio fue configurada como un mecanismo “residual”, que se aplicaría solo para aquellos casos en los que no fuere aplicable las compras por catálogo, a través de los “convenios marco”, o cuando la entidad contratante pueda lograr mejores precios.³⁷

Las ventajas que podría tener este procedimiento precontractual, teniendo en cuenta que únicamente puede ser utilizado como mecanismo de contratación de bienes y servicios normalizados, cuyas características técnicas hayan sido estandarizadas previamente, son las siguientes³⁸:

- a) Importantes ahorros para las entidades contratantes, en especial respecto a la reducción del precio.

³⁶ *Id. Disposición Transitoria Segunda, actualmente derogada.*

³⁷ Cfr. Dra. Inés María Baldeón B., *La Subasta Inversa en la Contratación Pública, Análisis del Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008*, op. cit., pp. 16-17.

³⁸ *Id.* pp. 24-25

- b) Sensible disminución de tiempo en el procedimiento precontractual.
- c) Confidencialidad garantizada entre los participantes.
- d) Adjudicación inmediata y objetiva, pues se adjudica al proveedor que cumpliendo con las características y condiciones técnicas, en la etapa de Puja oferta el precio más bajo.
- e) Transparencia y publicidad.
- f) Potencial aumento de proveedores, ya que va dirigido a todos los habilitados para dar ese tipo de bienes y/o servicios.
- g) Reducción de errores en las ofertas, y que únicamente se analiza la parte técnica.
- h) Despersonalización de las ofertas, evitando subjetividades y posibles beneficios.

Una vez que hemos analizado el origen de la Subasta Inversa en la legislación nacional, con el Decreto Ejecutivo No. 1091, previo a analizar el citado procedimiento en la legislación actual, creo conveniente determinar algunas consideraciones doctrinarias respecto al procedimiento.

La Subasta Inversa, como lo habíamos señalado con anterioridad no es un procedimiento nuevo para la doctrina, pese a que, en nuestra legislación, formó parte recientemente con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Vale recalcar que el remate de bienes (subasta) existía en nuestra legislación, pero no para la adquisición de bienes y prestación de servicios, sino únicamente el judicial y el de bienes que superaron su vida útil.

Tal es esta aseveración, que en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, fuente doctrinaria de reconocimiento de todos los juristas, divulgada en el año de 1984, incluso publicada con anterioridad a nuestra legislación actualmente derogada – Codificación a la Ley de Contratación Pública -, se trataba a la Subasta Inversa como un procedimiento de contratación incorporado ya en algunas legislaciones vigentes a esa época, como también señalaba a la Licitación.

La mencionada enciclopedia, establece que la subasta inversa “constituye otra especie particular de formación del contrato con prestaciones correlativas o contrato con el mejor postor, donde se fija una puja de ofertas sobre la base de un edicto o invitación a ofrecer que indica el precio base. Es preferido (y se torna contratante con aquel de quien emana el edicto o la invitación a ofrecer) el mejor postor, es decir, quien ofrece el precio más alto si el remate tiene por objeto una venta, o al contrario, el precio más bajo, si el remate tiene por objeto una compra o la asunción de una obra, haciendo así ineficaces las ofertas precedentes menos favorables, las cuales están, por tanto, resolutoriamente condicionadas al hecho de que siga una oferta más favorable”.³⁹.

En este mismo sentido Guillermo Cabanellas, define a la Subasta, dentro del Derecho Administrativo como: “uno de los medios de que la Administración, se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas o

³⁹ Driskill S. A., *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XIX, MAND-MUSE, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1984, p. 518.

prima mayor en los otros. En América se prefieren los sinónimos de licitación y remate”.⁴⁰

Como vemos tanto la licitación como la Subasta Inversa, son procedimientos de contratación mundialmente reconocidos, principalmente en los países de nuestra región y los que se desagregan del derecho romano, como lo señala Roberto Dromi, en su Libro “La Licitación Pública”, “en el derecho comparado, los procedimientos de contratación son concurrencia, tomada de precios, convite, concurso y **leilao** (Brasil, ley 8666/93, art.22); licitación o concurso públicos, contratación directa y sistema de martillo o **subasta** (Colombia, ley 80/93, art. 24); **subasta**, concurso, procedimiento negociado (España, ley 13/1995, art. 75); licitación general, licitación selectiva y adjudicación directa (Venezuela, ley de licitaciones, art. 33)”.⁴¹ En Francia, a) par adjudication ouverte; b) par adjudication restreinte; c) **par appel d’offres ouvert ou restreint**; d) avec ou sans concours; e) de gré a gré. En Italia se conocen cuatro formas de contratación: a) **l’asta pubblica**; b) la licitazione privata; c) la trattativa privata; y, d) l’appalto-concorso.⁴²

Una vez que se ha demostrado que doctrinariamente y en el derecho comparado, también existe la modalidad de contratación de la Subasta Inversa, procederemos a realizar el análisis y determinación tanto de las características, como los requisitos y pasos de este procedimiento.

Para delimitar un poco más el tema, debemos tener claro que la Subasta Inversa, es una modalidad de contratación pública, similar a los diversos tipos de subasta que se ha analizado en el presente estudio y como una mixtura de

⁴⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*, op. cit., p. 371.

⁴¹ Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, 4ta. Edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2010, p. 113.

⁴² Cfr. Id. Ibid.

las diversas clases anotadas, con la principal caracterización que su oferta económica es al mejor postor de bienes y servicios de interés público o que sirven de medio para obtener el mismo, pero tomando en consideración que este siempre debe ser a la baja.

Para parametrizar mejor aún, hay que tomar en cuenta que este procedimiento es exclusivo para adquisición de bienes y servicios, dejando a un lado la ejecución de obras, por ser estos últimos procedimientos mixtos y en los cuales no siempre importa únicamente la parte económica.

En conclusión podríamos determinar como características principales del procedimiento de Subasta Inversa, las siguientes:

- Es un procedimiento de contratación pública, mayoritariamente reconocido por las legislaciones y doctrina, tanto de nuestra región como en las legislaciones europeas, que se basan en el Derecho Romano.
- Esta modalidad, tiene como característica que recae exclusivamente en las contrataciones de adquisición de bienes y prestación de servicios, excluyendo a la ejecución de obras y servicios profesionales de consultoría.
- También tenemos como característica de esta modalidad de contratación, que las reglas de juego (condiciones o pliegos) deben estar determinadas previamente a su inicio.
- Una característica principal es que se adjudica al mejor postor, tomando en consideración que la mejor oferta es la que cumpliendo con lo requerido (condiciones, pliegos y/o características mínimas), exclusivamente en el precio, oferta el más bajo dentro de un período de tiempo determinado previamente.

- Otra característica es que el tiempo determinado para la presentación del precio más bajo, es en un mismo y único acto incentivando la igualdad de los participantes.
- Tenemos como característica de esta modalidad que existe una mayor objetividad tanto en los requisitos establecidos que se deben cumplir, la valoración de los mismos, en la participación de los interesados; y, en la formalidad del procedimiento.
- Con esto obtenemos otra característica adicional que es la celeridad del procedimiento, ya que al ser más objetivo se logra mayor agilidad y reducción de tiempos en su ejecución.
- En algunas legislaciones es indispensable como característica previa el haber sido preseleccionado o estar habilitado para participar en el procedimiento.

Como lo hemos señalado reiterativamente, el procedimiento de Subasta Inversa, recientemente incorporado en nuestra legislación no es nuevo para las legislaciones de la región y menos aún doctrinariamente, pese a que fue incorporado inicialmente a través del Decreto Ejecutivo No. 1091, de 18 de mayo de 2008, publicado en Registro Oficial No. 351, de 3 de junio de 2008; el cual definitivamente no fue aplicado mayoritariamente, porque su duración fue muy corta y además restringida únicamente para ciertas entidades públicas del sector ejecutivo; y, en la práctica fueron muy pocos o casi ninguno los procesos seguidos en su aplicación.

Posteriormente fue incorporada ya en nuestra legislación propiamente dicha con la publicación y promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Suplemento del Registro Oficial No. 395,

de 4 de agosto de 2008, a través de la Asamblea Nacional Constituyente; y, posterior publicación de sus Reglamentos Generales (8-08-2008 el primero y 12-05-2009 el segundo), a través del Presidente Constitucional; así como de las resoluciones, disposiciones, guías, instructivos y manuales emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, Organismo Rector de la Contratación Pública en el Ecuador.

Además su creación, tanto en el Decreto Ejecutivo, como en la misma legislación vigente, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fue con la característica de residual o restringida. Es decir, que únicamente cuando no se pueda realizar el procedimiento principal, antes la licitación, ahora el catálogo, se debería realizar esta modalidad de contratación. Sin embargo de lo anotado, en la actualidad es el procedimiento más utilizado y el mayormente aceptado tanto por las instituciones públicas como por parte de los proveedores, así como el principalmente difundido.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, Organismo Rector de la Contratación Pública en el Ecuador, en el Informe Anual del año 2009⁴³, señala que durante el período 2008-2009, dos años iniciales de la nueva legislación, se realizaron 13.347 subasta inversas a través del Portal de Compras Públicas, mientras que el siguiente procedimiento más utilizado fue el de menor cuantía con 10.952; y, los procedimientos que debían ser utilizados de forma general como la Licitación, exclusivamente se hicieron 619 procesos a través del Portal y de Catálogo Electrónico únicamente 898, tomando en consideración que existen más de 6.128 entidades públicas habilitadas y que tienen que obligatoriamente realizar estos procedimientos.

⁴³ Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2009*, op. cit., pp. 38-53.

Adicionalmente conforme consta del informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP- realizado conjuntamente por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP – y Banco Interamericano de Desarrollo –BID-, en el año 2011, dentro de los procesos realizados, del total de adquisiciones de “mayo de 2009 a mayo 2010 (5.524.875.132,13 USD), 2.540.633.904,21 corresponden a publicaciones, las cuales responden a procesos de ínfima cuantía y régimen especial. Es decir que los procesos de régimen común suman un monto de 2.818.014.420,98, de este total el 40% son adquisiciones realizadas mediante licitación, 33% mediante subasta inversa electrónica, 10% mediante cotización, 6% son menor cuantía de obras, 3% mediante catalogo electrónico, 1,4% mediante concurso público y 1,2% procesos de lista corta.”⁴⁴. En cuanto al año 2011, según información del mismo INCOP, se realizaron a través del Portal de Compras Públicas 28.670 subastas inversas electrónicas, por un monto total de USD \$ 1.367'494.570,85, mientras que procesos de licitación fueron 570, con un monto total de USD \$ 2.054'792.244,12; y, de catálogo electrónico un total de 24.156 procesos con un monto total de USD \$ 198'148.654,66.⁴⁵

De los datos indicados, se desprende que los procesos de contratación pública más utilizados en el Ecuador desde la promulgación de la Ley en el año 2008 hasta el año 2011 han sido los de Subasta Inversa y licitación, pese a que el procedimiento de catálogo electrónico debería ser el más utilizado, por ser el procedimiento regla.

⁴⁴ Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública y Banco Interamericano de Desarrollo, *informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP-*, Metodología OCDE-CAD, Quito, 2011, pp. 38.

⁴⁵ Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2011*, INCOP, 2012, pp. 16, 19 y 31.

Por lo anotado, he visto la necesidad de realizar el presente estudio, en el cual considero importante determinar la evolución, requisitos y el procedimiento a seguir en la modalidad de Subasta Inversa, principalmente de la forma establecida en nuestra legislación en concordancia con la doctrina aplicable.

Como lo hemos señalado reiterativamente, este procedimiento es novedoso para los involucrados en la contratación pública nacional, en especial para los funcionarios de las entidades públicas, oferentes y gremios de profesionales, por lo que si bien la siguiente definición no es tan exacta, para nuestro análisis, he considerado conveniente partir de la misma, ya que está dirigida a los profesionales de ingeniería civil nacional, que es un grupo importante de proveedores de bienes y servicios, y en especial de obras para el sector público, como es el gremio profesional de ingenieros civiles de la capital, el Colegio de Ingenieros Civiles de Pichincha.

La Subasta Inversa es un “mecanismo de ofertar, consiste en que los interesados en participar para presentar ofertas para la adquisición de bienes y servicios normalizados, lo harán en una subasta pública, directa tanto a través del portal, o de manera presencial, y consiste que el momento que se abre la subasta todos los participantes pueden presentar sus ofertas hacia la baja, según el Reglamento.”⁴⁶

En el mismo sentido, dentro del campo jurídico, en el ámbito nacional se define a la Subasta Inversa como el procedimiento de contratación pública dinámico y precontractual “para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades

⁴⁶ Ing. Carlos Mora Beltrán, *Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento*, 2da. Edición, Quito, Colegio de Ingenieros Civiles de Pichincha, 2010, p. 68.

contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de Compras Públicas. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal de Compras Públicas para que se realicen las auditorías correspondientes. El Reglamento a la Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas. Para participar de cualquier mecanismo electrónico en el Portal se tiene que estar registrado en el RUP⁴⁷.

En este mismo sentido, se define a la Subasta Inversa como: “Figura contemplada en la Sección II del Capítulo II de la LOSNCP, y desarrollada en la Sección II del RLOSNCP, la Subasta Inversa es un procedimiento precontractual dinámico que debe aplicarse para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico”.⁴⁸

Según nuestra normativa, especialmente el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, delimita a esta modalidad de contratación, y la enmarca en montos con relación al Presupuesto Inicial del Estado, y dice establece que “La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec. Las

⁴⁷ Cristóbal Vaca Nuñez, *Fundamentos de la Contratación Pública*, op. cit., p. 82.

⁴⁸ Antonio José Pérez y otros, *Manual de Contratación Pública*, op. cit., p. 124.

adquisiciones de bienes y servicios normalizados cuya cuantía no exceda el monto señalado en el inciso anterior se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP y observando lo dispuesto en el artículo 60 de este Reglamento General; sin que dicha compra directa pueda realizarse como un mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley o en este Reglamento General. El INCOP establecerá el o los mecanismos para ponderar el criterio de mejor costo previsto en el artículo 6 número 17 de la Ley, con los criterios de valoración que permitan incentivar y promover la participación nacional establecida en el artículo 25 de la Ley.”⁴⁹

Con estas definiciones preliminares, y la normativa nacional vigente aplicable, tendríamos de forma general el siguiente procedimiento para la Subasta Inversa:

- a. Este procedimiento, al igual que todos los demás, deben cumplir con requisitos comunes establecidos para todas las modalidades de contratación, como son:
 - a.1 Debe constar en el Plan Anual de Contratación previamente aprobado por la entidad pública, del año o años en los que se ejecutará el proyecto⁵⁰.
 - a.2 Debe constar con la respectiva disponibilidad presupuestaria de fondos existentes o futuros a los cuales se cargarán los egresos correspondientes, ya sea en un solo ejercicio fiscal o durante los ejercicios fiscales que dure su ejecución.⁵¹

⁴⁹ Art. 44 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁵⁰ Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 26 de su Reglamento General.

⁵¹ Art. 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 27 de su Reglamento General, así como los Arts. 24, 35 y 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control - LOAFYC -.

a.3 Debe constar con la respectiva planificación, programación, estudios, cálculos, y especificaciones generales y técnicas correspondientes, los cuales serán objetivos, no discriminatorios, y específicos para la contratación no podrán ser dirigidos o constar con marcas previamente seleccionadas⁵².

a.4 Debe incentivar y priorizar la participación nacional, en todas las contrataciones estatales como política nacional, conforme los principios de la Ley⁵³.

a.5 Debe elaborarse el pliego de condiciones⁵⁴ conforme los modelos obligatorios emitidos por el INCOP, bajo responsabilidad de los funcionarios de la entidad pública contratante y propenderán a la eficacia, eficiencia, trato igualitario, calidad de los bienes, obras o servicios que se contratan y ahorro para las entidades⁵⁵.

a.6 Debe determinarse el presupuesto referencial, es decir, el monto estimado que la entidad pública contratante estima que costará los bienes o servicios que se requieren.⁵⁶

a.7 Debe priorizarse el uso de herramientas informáticas⁵⁷, aunque la legislación vigente permite la realización de subastas inversas presenciales,

⁵² Art. 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁵³ Art. 25 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁵⁴ Pliegos de condiciones, Pliegos, Bases, Documentos Precontractuales, son sinónimos, y según Roberto Dromi, en su Libro "La Licitación Pública", "Es un documento que tiene particular importancia en la regulación de la actividad contractual de la Administración. El pliego o "programa contractual", es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. En el se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista. La denominación "pliego de bases y condiciones" comprende en principio, distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, ya sean de alcance general o particular, reguladoras del procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación".

⁵⁵ Art. 27 y 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 20 y 28 de su Reglamento General.

⁵⁶ Art. 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 27 de su Reglamento General.

claro está, única y exclusivamente cuando no se puedan realizar por medios electrónicos, sin embargo esta modalidad no ha sido utilizada.

a.8 Debe publicarse y difundirse todos los actos administrativos del procedimiento de contratación en el Portal de Compras Públicas⁵⁸.

b. A la par de la preparación de los requisitos comunes, en este tipo de contratación, conforme nuestra legislación, se requiere como requisito principal que los bienes o servicios a contratar se normalicen, estandaricen, homologuen, cataloguen o unifiquen a través de sus especificaciones técnicas, claro esta, con criterios técnicos, con normativa o reglamentación nacional o internacional aplicable; a fin de evitar subjetividades y que los posibles oferentes puedan participar en igualdad de condiciones, esta situación ha sido una de las de mayor complejidad, en la aplicabilidad de esta Ley, ya que desde un inicio no estuvieron bien determinadas estas condiciones y reglas, partiendo de que los conceptos no eran claros ya que se trataba de un procedimiento residual, posteriormente con la reforma del Reglamento General a la Ley de Contratación Pública que citamos en nota adjunta, la publicación de los modelos obligatorios y directrices del Instituto Nacional de Contratación Pública, se ha ido unificando el criterio al respecto, pero aún no se ha encontrado una determinación clara y expresa respecto al tema⁵⁹.

⁵⁷ Art. 28 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 14 de su Reglamento General.

⁵⁸ Art. 36 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 13 de su Reglamento General.

⁵⁹ Se entiende como bienes o servicios normalizados, el definido en el artículo 6, numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece que los bienes y servicios normalizados son: “Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados”, aclarado posteriormente por el artículo 42, del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de la siguiente manera: “Art. 42.- Bienes y

- c. Una vez que contamos con los requisitos preliminares anotados y las aprobaciones y autorizaciones internas de cada entidad pública, se procede con la publicación en el Portal de Compras Públicas, con la cual se inicia el procedimiento propiamente dicho⁶⁰.
- d. Por lo que este procedimiento empieza con la definición del calendario del procedimiento y su publicación en el Portal de Compras Públicas, en una fecha determinada previamente⁶¹.
- e. Posteriormente se encuentra la etapa en la cual los posibles interesados pueden realizar preguntas a la entidad pública convocante respecto del proceso. A la par que la entidad pública tiene que contestar todas y cada una de las inquietudes propuestas por los posibles interesados o de oficio emitir aclaraciones o modificaciones a la contratación, siempre que estas no afecten sustancialmente ni al objeto de la contratación ni al presupuesto referencial.⁶²
- f. Después nos encontramos con la etapa de la presentación de las ofertas en el día y hora señalados en los Pliegos (pliego de condiciones, bases, documentos precontractuales) para tal efecto, en esta etapa es cuando

servicios normalizados.- Los bienes y servicios normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones. (...) La Ley y este Reglamento General utilizan de forma indistinta las palabras "homologados", "estandarizados", "normalizados", "categorizados" o "catalogados", para referirse a aquellos bienes o servicios cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas por la entidad contratante; y, en el caso de los bienes o servicios incluidos en el Catálogo Electrónico, para referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el INCOP celebró los correspondientes convenios marco. (...) La responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios le corresponde a la entidad contratante, la que para el efecto, observará, de existir, la reglamentación técnica o normativa técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio objeto del procedimiento. (...) Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y de Subasta Inversa; y solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y en este Reglamento General.

⁶⁰ Art. 61 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 4 de su Reglamento General.

⁶¹ Art. 12 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁶² Art. 21 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP.

los posibles interesados pasan de ser interesados a ser oferentes, con la presentación de su oferta⁶³, sin que generen derechos a ser adjudicados pero si eventuales derechos como oferente como el derecho a reclamar.⁶⁴

- g. Una vez recibidas las ofertas, la entidad pública puede designar una subcomisión de apoyo y evaluación de las ofertas.⁶⁵
- h. Posteriormente y si es del caso, corresponde la etapa de convalidación de errores de forma, respecto de las ofertas presentadas, etapa en la cual los oferentes a pedido de la entidad contratante pueden realizar convalidaciones o aclaraciones a sus ofertas, para que estas puedan ser evaluadas de mejor manera, siempre que estas modificaciones o aclaraciones no modifiquen sustancialmente la oferta y que estas puedan ser subsanadas.⁶⁶
- i. Una vez que se han aclarado o subsanado las ofertas, la entidad pública procede al análisis de las ofertas presentadas en el concurso, en el cual principalmente verifica el cumplimiento o no de las ofertas con relación a los requerimientos generales y técnicos constantes en los Pliegos del concurso. Este punto es vital en el proceso, ya que en el mismo se determina el cumplimiento de las ofertas y la calificación de las mismas,

⁶³ La oferta, según Roberto Dromi, en su Libro "La Licitación Pública es de orden privado, el autor de la misma es normalmente el administrado, pero puede serlo, incluso, un ente público equiparable, en cuanto compita con él; también señala que es un acto complejo, ya que por sí misma no es un hecho aislado, ni incausado, sino que es la respuesta a un convite y la causa de otros comportamientos administrativos por venir en el decurso procedimental de preparación del contrato. Se denomina oferta a la proposición firme y completa para celebrar un contrato. Es decir, la manifestación de la voluntad dirigida a otro sujeto, de querer concluir con él un contrato, mediante su sola aceptación. Tiene como características principales ser: unilateral, inicial, completa, firme y recepticia.

⁶⁴ Art. 45 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP.

⁶⁵ Art. 19 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP

⁶⁶ Art. 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP

para que puedan continuar en el proceso y participen en la baja de su oferta económica.⁶⁷

- j. Los oferentes calificados presentan su oferta económica inicial, la cual debe realizarse a través del Portal de Compras Públicas⁶⁸, cuando se trata de Subasta Inversa Electrónica.
- k. Está es la etapa novedosa de este tipo de procedimientos, es la Etapa de Puja, en la cual únicamente los proveedores calificados pueden participar, reglamentariamente establecida, tiene una duración determinada, y se encuentra previamente establecida por la entidad contratante, dentro del rango de 15 a 60 minutos. En esta etapa es cuando los proveedores calificados ingresan su oferta económica inicial y durante el tiempo establecido ofertan su precio hacia la baja tantas veces consideren necesario, con una variación determinada, a fin de mejorar su precio con relación de los otros oferentes.⁶⁹
- l. Una vez terminada la etapa de puja, en el caso de nuestra legislación automáticamente en el Portal, se señala cual es el oferente que ha presentado su oferta económica más baja, y por lo tanto más conveniente a la entidad contratante, por lo que corresponde proceder con la adjudicación de los bienes o servicios ofertados, con lo cual se da por finalizado el procedimiento.
- m. Finalmente al igual que todo procedimiento precontractual de contratación pública, se procede con la correspondiente suscripción del

⁶⁷ Art. 45 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP.

⁶⁸ Art. 45 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP.

⁶⁹ Art. 45 y 46 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resolución No. 020-2009 emitida por el INCOP.

contrato⁷⁰, ejecución del mismo, para finalizar con la entrega recepción⁷¹ respectiva. Ya que como hemos señalado las diferentes modalidades de contratación únicamente son medios para obtener un fin, el cual es la realización de actividades y funciones en busca de satisfacer el interés público.

- n. Vale resaltar que en procesos puntuales se podrá tener otras etapas adicionales, tales como: declaratoria de cancelación del proceso, declaratoria de desierto del proceso, etapa de negociación, revocatoria de actos, nulidades y/o reclamos administrativos, cuando así conste de cada proceso.

2.2 DIFERENCIA CON EL PROCEDIMIENTO DINÁMICO DE CATÁLOGO

Pero como hemos señalado reiterativamente, estas modalidades o diversos tipos de contratación, tanto en la doctrina como en las legislaciones regionales, no se limitan a tratar de un solo procedimiento, pese a que los más reconocidos y utilizados, por lo menos en gran parte de nuestra región son los de Subasta Inversa y la licitación.

Existen muchos tipos o modalidades de contratación pública, dependiendo de cada legislación y conforme a la doctrina aplicable para cada caso, uno de estos procedimientos, muy novedoso es la modalidad de catálogo electrónico.

Este procedimiento es de los más nuevos tanto en la doctrina como en las legislaciones; la razón de su análisis en el presente estudio, y compararlo

⁷⁰ Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁷¹ Art. 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

principalmente con el procedimiento de Subasta Inversa, es por su origen legal en nuestro país.

Si bien el procedimiento regla es “La Licitación”; el procedimiento de “Catálogo”, que nuestra legislación se lo enmarca conjuntamente con la “Subasta Inversa”, como normalizados. Adicionalmente nuestra legislación lo determina como el procedimiento inicial y regla a seguir, como primer procedimiento, es más para poder realizar un procedimiento de Subasta Inversa, primeramente se debe verificar que no esté contemplado en el catálogo electrónico.

Sin embargo, en nuestra realidad el procedimiento de catálogo electrónico no es el procedimiento más utilizado.

En nuestra legislación, al igual que la Subasta Inversa, no era aplicable anteriormente, sino hasta la promulgación y publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante Suplemento del Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto de 2008, a través de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como señalamos anteriormente, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece al Catálogo Electrónico como procedimiento regla, siempre que los bienes y/o servicios sean normalizados; y, solo residualmente o supletoriamente, es decir, solo sino se puede aplicar este procedimiento, se debe emplear el procedimiento de Subasta Inversa, para este tipo de bienes y servicios normalizados. Vale recalcar que al igual que la Subasta Inversa, este procedimiento solo puede ser aplicado para la adquisición de bienes y prestación de servicios, no es adaptable a

procedimientos de ejecución de obras, servicios de consultoría o regímenes especiales.

Este procedimiento de Catálogo Electrónico es muy novedoso, y aún más que la Subasta Inversa, ya que es la modalidad más adaptada y acoplada a la tecnología actual, lastimosamente en nuestro país, esta situación en vez de ser una ventaja para muchas entidades públicas es todo lo contrario, no solamente por la falta de recursos económicos y el elemento humano, sino principalmente por la dificultad de que las entidades públicas, especialmente provinciales, puedan acceder a tecnología de punta, así como su manejo diestro.

Como señalamos este procedimiento también es nuevo para nuestra legislación, lo que ha ocasionado un sinnúmero de dificultades en su aplicación.

Muestra de lo señalado, es la información anteriormente indicada de que el Instituto Nacional de Contratación Pública, en el Informe Anual del año 2009⁷², señala que durante el período 2008-2009, dos años iniciales de la nueva legislación, se realizaron a través del procedimiento de Catálogo Electrónico únicamente 898 procesos de contratación, tomando en consideración que existen más de 6.128 entidades públicas habilitadas y que tienen que obligatoriamente realizar primeramente este procedimiento regla.

Adicionalmente conforme consta del informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP- realizado conjuntamente por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP – y Banco Interamericano de Desarrollo –BID-, en el año 2011, dentro de los

⁷² Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2009*, op. cit., pp. 38-53.

procesos realizados, del total de adquisiciones de “mayo de 2009 a mayo 2010 (5.524.875.132,13 USD), 2.540.633.904,21 corresponden a publicaciones, las cuales responden a procesos de ínfima cuantía y régimen especial. Es decir que los procesos de régimen común suman un monto de 2.818.014.420,98, de este total el 40% son adquisiciones realizadas mediante licitación, 33% mediante subasta inversa electrónica, 10% mediante cotización, 6% son menor cuantía de obras, 3% mediante catalogo electrónico, 1,4% mediante concurso público y 1,2% procesos de lista corta.”⁷³. En cuanto al año 2011, según información del mismo INCOP, se realizaron a través del Portal de Compras Públicas 28.670 subastas inversas electrónicas, por un monto total de USD \$ 1.367'494.570,85, mientras que procesos de licitación fueron 570, con un monto total de USD \$ 2.054'792.244,12; y, de catálogo electrónico un total de 24.156 procesos con un monto total de USD \$ 198'148.654,66.⁷⁴

Por lo que se puede concluir que el promedio de entidades públicas que han utilizado esta modalidad de contratación es una de cada diez. Razón por la cual la Subasta Inversa ha tenido una mayoritaria acogida, en relación con este procedimiento, con un relación de diferencia de Subasta Inversa con un 33% de las contrataciones y el catálogo electrónico únicamente con el 3%.

Pero una situación adicional, para la poca operatividad de este procedimiento, ha sido la negligencia o tardía acción del Instituto Nacional de Contratación Pública, ya que en los dos primeros años de vigencia de la Ley, años 2008 y 2009, únicamente existían catalogados los bienes vehículos, para disposición de las entidades públicas, que si bien facilitaba su adquisición,

⁷³ Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública y Banco Interamericano de Desarrollo, *informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP-*, op. cit., p. 38.

⁷⁴ Cfr. Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2011*, op. cit., pp. 16, 19 y 31..

estas compras no son tan recurrentes e indispensables para la gran mayoría de instituciones públicas.

Actualmente, existen más bienes catalogados en el Portal de Compras Públicas, por lo que se esperaría una mayor aplicación de estos procedimientos, en este año, a más de los vehículos se han catalogado los bienes de suministros, audífonos, útiles de limpieza, equipos de computación, equipos de impresión y confección de prendas de vestir⁷⁵, bienes muchos más recurrentes de adquisición, con lo que se esperaría una mayor aplicabilidad, sin perjuicio que aún no alcance la cantidad de contrataciones a través de Subasta Inversa.

Pero para entender un poco más esta modalidad de contratación, es necesario establecer su origen, definición y procedimiento, tanto legal como doctrinariamente.

El catálogo electrónico, etimológicamente significa lo siguiente, catálogo se define como “lista ordenada o clasificada de personas u objetos. Elenco de publicaciones y objetos clasificados y normalmente a la venta”⁷⁶; mientras que electrónico se entiende como el objeto de utilizar medios electrónicos para obtener un objetivo.

Por lo que para entender mejor aún este tipo de procedimiento, podríamos decir que el catálogo electrónico es un procedimiento o modalidad de contratación pública, para adquisición de bienes y servicios requeridos por una entidad pública, que se encuentran a la venta o transacción los cuales han sido previamente seleccionados, a través de una lista ordenada y clasificada a

⁷⁵ www.compraspublicas.gob.ec, (20-01-2012)

⁷⁶ Círculo de Lectores, *Diccionario Estudiantil Círculo*, Edición Especial, Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, 2009, p. 180.

través de medios electrónicos, en nuestro caso, a disposición mediante el Portal de Compras Públicas.

En el mismo sentido, la doctrina jurídica nacional, en particular el Dr. Nelson López Jácome⁷⁷, señala al catálogo electrónico como “el registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal de compras públicas para su contratación directa”.⁷⁸

Como lo señalábamos anteriormente, este procedimiento es novedoso para nuestra legislación, y comenzó con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece que una definición muy similar a la antes citada, la cual se encuentra regulada en su artículo 44 de la Ley en concordancia con su artículo 6, numeral 3 que establecen que: “Como producto del Convenio Marco, el Instituto Nacional de Contratación Pública creará un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS, desde el cual las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa.”⁷⁹. En relación con el artículo 6 numeral 3 que determina al Catálogo Electrónico como el “Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.”⁸⁰.

En el mismo contexto, el Reglamento General de Aplicación, en su

⁷⁷ Dr. Nelson López Jácome, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Especialización en Contratación Pública y Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Postgrado en Derecho Administrativo Salamanca – España; escritor de varios libros de Derecho publicados y catedrático universitario. Presidente de la Comisión Especializada de Contratación Pública y Transparencia de la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional, durante el período 2008-2009.

⁷⁸ Dr. Nelson López Jácome y Dra. Libia Rivas Ordóñez, *Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*, Tercera Edición, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p. 172.

⁷⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 44.

⁸⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 6.

artículo 43 establece el procedimiento a seguir en la contratación a través de la modalidad de catálogo electrónico y señala que:

“Para la inclusión en el catálogo electrónico de los bienes y servicios normalizados, el INCOP realizará procesos de selección que permitan celebrar convenios marcos, observando el procedimiento que se establezca en los pliegos. (...) Las contrataciones por catálogo electrónico de bienes y servicios normalizados, que realicen las Entidades Contratantes, observarán el procedimiento señalado por el INCOP: (...) La orden de adquisición electrónica emitida por la Entidad Contratante se sujetará a las condiciones contractuales previstas en el Convenio Marco; y, de ser el caso a las mejoras obtenidas por la entidad contratante. (...) De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 de la Ley, la Orden de Compra emitida a través del Catálogo Electrónico formaliza la contratación de los bienes o servicios requeridos y genera los derechos y obligaciones correspondientes para las partes. (...) Una vez recibidos los bienes o servicios contratados, se suscribirá el acta de entrega recepción correspondiente con la verificación de correspondencia con las especificaciones previstas en el catálogo.”⁸¹

Como hemos anotado, este es el procedimiento de catálogo electrónico de la forma establecida en nuestra legislación, pero que similitudes y sobre todo que diferencias tiene con relación al procedimiento de nuestro estudio, el cual es la Subasta Inversa.

Según nuestra legislación, las principales semejanzas que tienen son las siguientes:

- Los dos son considerados dentro de la categoría de procedimientos dinámicos, y se consideran como tal, los que tienen sus características o especificaciones técnicas estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o

⁸¹ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 43.

especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

- Ambas modalidades son formas o mecanismos de contratación pública de adquirir bienes y servicios normalizados previamente, no aplican para ejecución de obras, servicios de consultoría o procedimientos especiales.
- Ambos fueron creados o incorporados en nuestra legislación como nuevos procedimientos de contratación, con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- En ambos procedimientos, previo a su inicio se deben obtener los requisitos preliminares como son su planificación, estudios, diseños, especificaciones, la motivación de la necesidad, la disponibilidad presupuestaria, la elaboración de Pliegos, constar en el Plan Anual de Contratación, y contar con las autorizaciones respectivas.
- En nuestra legislación, ambos procedimientos se llevan a cabo por medios electrónicos, en especial a través de la implementación y ejecución a través del Portal de Compras Públicas.
- Para los dos procedimientos es requisito indispensable, que el proveedor adjudicado se encuentre habilitado en el Registro Único de Proveedores.
- Ambos procedimientos se perfeccionan con un contrato administrativo, en el caso del catálogo electrónico es a través de la orden de compra y del convenio marco; mientras que en la Subasta Inversa es a través del contrato administrativo celebrado entre la entidad pública contratante y el adjudicado.

- En ambos casos, la entidad contratante tiene que recibir a satisfacción los productos a través de un acta de entrega recepción, bienes y servicios que buscan satisfacer el interés común, es decir, es simplemente un medio para obtener el mismo.

Pero así mismo como tienen algunas semejanzas, según nuestra legislación, también tienen diferencias determinantes, entre las cuales principalmente podemos señalar las siguientes:

- Si bien en ambos procedimientos sus características o especificaciones técnicas deben ser estandarizadas u homologadas, en el caso del catálogo electrónico esta homologación primeramente es para todas las entidades públicas, y segundo es el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP – el organismo rector, quien las estandariza y homologa, a fin de incorporarlas en la lista de productos del Portal de Compras Públicas; mientras que, en la Subasta Inversa cada entidad pública contratante es la responsable de unificar y homologar características o especificaciones en forma homogénea y comparables en igualdad de condiciones, lo que ocasiona que no necesariamente todas las entidades públicas unifiquen criterios.
- Si bien ambos son procedimientos dinámicos de contratación, por disposición legal expresa⁸², la subasta inversa es un procedimiento residual y supletorio, por lo que el procedimiento regla es el catálogo electrónico y únicamente si este último no puede ser utilizado, aplicaría la Subasta Inversa.

⁸² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 47.

- Ambos procedimientos fueron creados o incorporados en nuestra nueva legislación como novedosos procedimientos de contratación, sin embargo, la Subasta Inversa es un procedimiento doctrinariamente mayormente reconocido en nuestra región, y se trató de incorporarlo con anticipación mediante el Decreto Ejecutivo No. 1091, para las entidades de la Función Ejecutiva.
- Ambos procedimientos requieren de requisitos mínimos iguales, pero en especial en sus Pliegos, son diferentes las consideraciones de cada uno.
- En nuestra legislación, ambos procedimientos se llevan a cabo por medios electrónicos, en especial a través del Portal de Compras Públicas, pero en caso de existir inconvenientes con los medios electrónicos únicamente la Subasta Inversa se podría llevar a cabo de forma presencial.
- En el procedimiento de catálogo el INCOP es el organismo que califica al proveedor adjudicado, mientras que en la Subasta Inversa es cada entidad pública contratante la encargada de la calificación.
- Ambos procedimientos se perfeccionan con un contrato administrativo, pero en el catálogo electrónico el convenio marco lo suscribe el INCOP en nombre de todas las entidades públicas; mientras que en la Subasta Inversa el contrato administrativo es celebrado individualmente entre la entidad pública contratante y el adjudicado, inclusive en algunas ocasiones este contrato debe ser protocolizado ante Notario Público por su monto, mientras que en el catálogo sin importar el monto se genera únicamente la orden de compra.

- El procedimiento de catálogo electrónico es llevado a cabo con mayor celeridad por su menor número de pasos, como son: verificación de productos en el catálogo, requisitos mínimos, autorización, orden de compra y recepción; en cambio, la Subasta Inversa, pese a ser un procedimiento de contratación relativamente abreviado y corto, tiene muchos mayores pasos a realizarse, como son: requisitos mínimos, autorización, publicación, preguntas, respuestas, entrega de ofertas, convalidación de errores, calificación, oferta inicial, puja, negociación, adjudicación, contrato y recepción.
- Otra diferencia, es que el procedimiento de catálogo es para bienes y servicios normalizados recurrentes entre las entidades públicas, hasta la fecha por ejemplo se encuentran la adquisición de vehículos, materiales de oficina, materiales de limpieza, equipo de computación, equipos de impresión, audífonos, confección de prendas de vestir⁸³, a diferencia de la Subasta Inversa, que al ser un procedimiento residual no tiene parámetros definidos.
- También se diferencian en que en el catálogo electrónico se tiene un listado previamente calificado de productos y servicios reales a adquirir, mientras que en la Subasta Inversa dependerá mucho de la calidad de especificaciones técnicas elaboradas y calificación de las ofertas para garantizar el producto, así como es muy fluctuante los posibles proveedores.

⁸³ www.compraspublicas.gob.ec (31-01-2012).

Pero como hemos visto en el presente estudio, los procedimientos de contratación, aunque parezcan novedosos y recientemente incorporados a nuestra legislación, ventajosamente, al igual que todas las ramas del Derecho, se van adaptando a las necesidades que van surgiendo en las relaciones sociales y acoplando a figuras jurídicas reconocidas ya en diversas legislaciones.

Si bien el catálogo electrónico, como se señaló, no es tan reconocido en la doctrina jurídica, por lo menos de nuestra región, como si lo son la Subasta Inversa y la licitación, no es creado ni implementado únicamente por nuestra legislación.

A mi entender principalmente, por la necesidad imperiosa de la utilización de los medios electrónicos, pero sin duda, por está misma razón, cada vez más va a ser utilizado mayoritariamente, ya que la tendencia de la globalización lleva inmersa la necesidad de cada vez utilizar medios electrónicos para las relaciones jurídicas, inclusive en las que se encuentra el Estado o sus instituciones de por medio.

Nuestro país no es el único de la región que utiliza esta modalidad contractual.

Existen países como Chile, Colombia y Perú, que actualmente utilizan también esta modalidad precontractual, para la adquisición de bienes y prestación de servicios.

Tal es esta afirmación, que el primer país de nuestra región del pacífico sur, en utilizar e implementar este tipo de procedimiento de contratación pública, fue Chile, más aún nuestro país y el Perú adaptaron este mecanismo de la mencionada legislación.

Es muy importante señalar que uno de los aspectos que incentivo a Chile a incursionar en este tipo de procedimiento de contratación, a más de adaptarse a la tecnología y celeridad del proceso, fue la “aplicación del principio de transparencia (que) resulta fundamental para la sanidad de un Sistema de Compras Públicas. En otras palabras, no basta con la obtención una ventajosa relación entre precio-calidad, por parte de las entidades públicas en sus transacciones con privados; es también fundamental la publicidad del proceso en su integridad, atendiendo a criterios de facilidad de acceso, celeridad, adecuada información sobre la oferta, competencia técnica de los oferentes, y garantía en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, entre otros.”⁸⁴

A mi parecer Chile, tiene una evolución legislativa en contratación pública muy relevante, ya que este es un procedimiento de contratación pública muy corto y rápido que permite la adquisición pronta y determinar físicamente los bienes y servicios ofertados, pero muy apegado al conocimiento y manejo de tecnología; para entender un poco mejor, la incorporación del catálogo electrónico en Chile como procedimiento de contratación, es importante realizar un breve análisis.

Su evolución comenzó en el año de 1927, con la creación de la Dirección de Abastecimiento del Estado (DAE), que tenía como función principal crear una institucionalidad destinada a implementar un sistema centralizado de aprovisionamiento estatal. Así, este organismo, en conjunto con

⁸⁴ Gonzalo Neira Novoa, *Nuevo procedimiento administrativo de compras públicas en Chile*, XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, 7 - 10 Nov. 2006, p.1, www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/.../neiranov.pdf, (22-06-2010)

la Central Nacional de Abastecimiento, cumplía la función de adquirir, almacenar y distribuir los bienes muebles.

Esta normativa estuvo vigente por muchos años hasta que la División de Modernización del Estado propuso una reforma a todo el Sistema de Contrataciones y Compras Públicas, centrándose en la implementación de un sistema electrónico vía Internet, esto ocurrió en el año 1997, con la elaboración del Plan Estratégico de Modernización de la Gestión Pública 1997-2000.

“La creación del portal electrónico “Chile Compra” pretendía cambiar completamente este esquema de abastecimiento, estableciéndose el imperativo de modernizar la gestión pública. Sin embargo, tras dos años y medio de funcionamiento, sólo el 3% de las oportunidades de negocio que ofrecía el Estado se publicaban en este sitio electrónico.”

En el gobierno de don Ricardo Lagos Escobar se dio un impulso fuerte y definitivo al mencionado sistema, generándose un cambio radical en la materia y avanzando desde la implementación de una plataforma informática hacia la creación de una nueva institucionalidad de Compras Públicas en Chile.

Principalmente con la publicación de la normativa correspondiente, en especial con la promulgación de la Ley N° 19.886, de Bases Generales sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la Ley N° 19.880 respecto del detalle sobre el procedimiento administrativo general en Chile; y, el Decreto N° 250, Reglamento de la Ley de Compras Públicas, con los cuales se establecen importantes innovaciones procedimentales en materia de contratación, y se crea un nuevo Servicio Público encargado de la asesoría a los organismos públicos en la planificación y la gestión de sus procesos de compras y contrataciones (Dirección de Compras Públicas); también se

establece un nuevo órgano jurisdiccional especialmente encargado de resolver las controversias generadas por acciones de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de contratación con organismos públicos (Tribunal de Contratación Pública); y, por último, se crean el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de las entidades públicas y el Registro Nacional de Proveedores de la Administración Pública.

De esta forma, se uniformaron los procedimientos administrativos de contratación de suministro de bienes muebles y servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública, creándose la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y la eficiencia de las compras, garantizándose la igualdad de competencia y el debido proceso.

Se establece como requisito general que cada entidad pública deberá planificar, de acuerdo a las necesidades del servicio, las decisiones de compra y contratación para el período. Asimismo, deberá elaborar un listado de bienes y/o servicios que se contratarán durante cada mes del año, especificando el número y valor estimado, la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios, además de señalar la fecha aproximada en la que se publicará el llamado a participar, una especie del Plan Anual de Contratación que nuestra legislación se pretende emplear.

En cuanto a las condiciones generales de contratación, se establecen una serie de controles destinados a garantizar la idoneidad técnica y solvencia financiera de las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras que contraten con la Administración Pública. Es más, en el caso específico en las licitaciones públicas se establece para los adjudicatarios la obligación de

otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente para la constitución de una sociedad chilena o agencia extranjera, cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato.

Una vez finalizada la etapa de planificación se comienza a ejecutar el proceso de compras públicas propiamente tal, determinándose la modalidad de contratación a utilizar, pudiendo ser de: licitación pública, licitación privada, trato o contratación directa.

En las etapas de ejecución de estos procedimientos, tenemos el del catálogo electrónico, o convenios marco, como se denomina tanto en nuestra legislación, como en la legislación chilena, y lo determina como “una de las innovaciones más importantes de la normativa que regula las Compras Públicas en Chile, es la inclusión del procedimiento de contratación a través de los denominados Convenios Marco.”

Por medio de este mecanismo, regulado en detalle en el Reglamento de Compras Públicas, las entidades públicas pueden solicitar a la Dirección de Compras Públicas que se lleve a cabo un proceso de compra destinado a concretar un convenio marco de un bien o servicio determinado, sea encargándole la gestión de coordinar un proceso conjunto de contratación o requiriéndole la obtención de condiciones específicas de contratación para bienes o servicios determinados.

Determinando al igual que nuestra legislación que la suscripción de un convenio marco se traducirá en un catálogo que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores a los que se adjudicó. De esta forma, la Administración Pública se sirve de un procedimiento que permite la

racionalización de los recursos y garantiza a sus entidades un aprovisionamiento adecuado.

Como se determina que este tipo de procedimiento, creado en la legislación chilena con la promulgación de la Ley No. 19.886, Bases Generales sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; y, el Decreto N° 250, Reglamento de la Ley de Compras Públicas, en el año de 1997, es prácticamente el que nuestra legislación quiere implementar, lo cual sería muy conveniente para nuestras instituciones públicas.⁸⁵

Únicamente a manera de referencia, creo conveniente citar brevemente en que consisten los demás procedimientos de contratación establecidos en la legislación chilena.

- Licitación Pública: “Esta modalidad de contratación para la compra de bienes y servicios busca establecer condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En atención a lo antes señalado, uno de los requisitos para la utilización de la licitación pública, es que resulta aplicable a contrataciones que superen las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), salvo excepciones. En cuanto al contenido mínimo de las bases de licitación, éstas deberán establecer los requisitos de los oferentes, las especificaciones de los bienes y/o servicios a contratar, las etapas y plazos de la licitación, la modalidad de pago del contrato, el plazo de entrega del bien y/o servicio, la naturaleza y el monto de las garantías para asegurar la seriedad de la oferta, los criterios objetivos para decidir la adjudicación y, finalmente, el nombre completo del funcionario encargado del proceso de compras. Respecto de las formalidades de publicidad destinadas a garantizar la adecuada información a todos los oferentes del sistema, se debe detallar la descripción del bien y/o servicio a licitar, el nombre de la entidad licitante, las modalidades y fechas para las aclaraciones a las bases, la fecha y hora de la recepción y apertura de las ofertas, el monto y modalidad de las garantías exigidas cuando corresponda y el nombre completo y correo electrónico del funcionario de la entidad licitante. Sobre la posibilidad que tienen los interesados de efectuar consultas, se establecen una serie de mecanismos, teniendo como antecedente la correcta publicación del llamado a los oferentes. Con posterioridad, la formulación de preguntas debe efectuarse a través del sistema de información; además la entidad licitante debe dar conocimiento de estas preguntas a todos los proveedores interesados y responderlas a través del sistema de información, en el plazo establecido en las bases respectivas. En cuanto a la recepción de las ofertas y entrega de garantías, éstas se realizan a través del sistema de información que ha establecido la Dirección de Compras Públicas. En esta etapa los oferentes entregan una caución o garantía por el monto total establecido por la entidad licitante. Por otra parte, y atendiendo a los requisitos de forma, las ofertas deberán efectuarse a través de los formularios respectivos, cumpliendo todos los requerimientos exigidos en las bases. En la etapa de apertura de las ofertas se busca cumplir con las formalidades de publicidad que permitan a los oferentes conocer el resto de las ofertas, siendo

⁸⁵ Cfr. id., p. 1-4,

requisitos esenciales la individualización del oferente, la descripción básica del bien o servicio ofrecido, el precio unitario y total de la oferta, y la individualización de la garantía de seriedad de la oferta. Ya encontrándose el procedimiento en la etapa de evaluación de las ofertas, existen requerimientos en orden a la realización de análisis económicos y técnicos de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien o servicio ofrecido en cada una de las ofertas, siendo los criterios de evaluación los siguientes: Precio de la oferta, experiencia de los oferentes, calidad técnica de los bienes y/o servicios ofertados, asistencia técnica o soporte, servicios de post-venta, plazo de entrega y recargos por flete y, en términos generales, cualquier otro elemento relevante. Finalmente, la etapa de adjudicación de ofertas y elaboración y suscripción del contrato definitivo tiene por objeto aceptar la propuesta más ventajosa, considerando los criterios de evaluación con sus correspondientes puntajes y ponderaciones, conjuntamente con dar cumplimiento a los actos formales destinados a celebrar el contrato entre la Administración Pública y el adjudicatario. Dado que esta etapa final es una de las más trascendentes del procedimiento de contratación por Licitación Pública, se establecen una serie de requisitos adicionales. De esta forma, sólo se considerará aceptada la oferta mediante un acto administrativo debidamente notificado, siempre y cuando el adjudicatario se encuentren habilitado para contratar con las entidades públicas, y además cumpla con las condiciones de las bases de licitación. Por último, la forma y oportunidad en que se restituirán las garantías otorgadas se ajustarán a lo establecido en las bases de licitación.”⁸⁶

- Licitación Privada: “Este segundo procedimiento de contratación busca hacer más expedita la contratación de bienes y servicios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la ley N° 19.886. Sólo procede, previa resolución fundada, en los casos señalados en la norma antes citada. Este procedimiento contempla la existencia de un número adecuado de oferentes que permita la competencia y rebaja de costos para la Administración. De esta forma, se efectúa un llamado que debe enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación privada. Igualmente, esta invitación debe efectuarse a los proveedores seleccionados a través del sistema de información que administra la Dirección de Compras Públicas. Respecto a la etapa de elaboración y aclaración de las bases de licitación, se busca establecer condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. La confección de las bases ha de considerar los requisitos generales establecidos para el caso de la licitación pública. En cuanto a las etapas de recepción y evaluación de ofertas se realiza un análisis bajo similares criterios a los empleados en la licitación pública, a saber, precio de la oferta, experiencia de los oferentes, calidad técnica de los bienes y/o servicios ofertados, asistencia técnica o soporte, servicios de post-venta, plazo de entrega y recargos por flete, además de cualquier otro elemento relevante para la evaluación de la oferta. En la etapa de adjudicación, elaboración y suscripción del contrato definitivo, se aplicará similar procedimiento al establecido para el caso de licitaciones públicas, es decir, se aceptará la oferta mediante un acto administrativo debidamente notificado, siempre y cuando el adjudicatario se encuentren habilitado para contratar con las entidades públicas y cumpla con las condiciones de las bases de licitación. Por último, la forma y oportunidad en que se restituirán las garantías otorgadas se ajustarán a lo establecido en las bases de licitación privada.”⁸⁷.
- Trato o Contratación Directa: “Una tercera modalidad o procedimiento de contratación es el denominado trato o contratación directa, de acuerdo en los casos señalados en el artículo 8 de la ley N° 19.886, y artículo 10 de su Reglamento. En cuanto a los presupuestos que justifican la utilización de este procedimiento de contratación, se requiere de la existencia de un proveedor del bien o servicio que sea parte del sistema de información, además de una resolución fundada del contratante. Un punto de clara diferenciación entre este procedimiento de contratación y las licitaciones pública y privada, es la inclusión de los denominados “Términos de Referencia”, consistentes en

⁸⁶ id., p. 4-5.

⁸⁷ id., p. 5-6.

la elaboración de un pliego de condiciones que regula el proceso de trato o contratación directa. Este conjunto de condiciones debe ser elaborado sobre la base de los bienes y/o servicios objeto de la resolución que autoriza la contratación directa. La etapa de recepción de ofertas tiene por objeto recabar la información necesaria para la toma de una adecuada decisión de compra, en atención al precio y calidad del bien o servicio objeto de la contratación directa. En cuanto a los requisitos establecidos para la recepción de ofertas, se establece que para las contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM, el plazo mínimo que debe mediar entre la publicación de la cotización y la recepción de la oferta será de 48 horas. De igual forma, se exige que el contratante deba ser parte del sistema de información, además de requerirse un mínimo de tres cotizaciones previas. En último término, la adjudicación del contrato, con la consiguiente emisión de la orden de compra, requiere de la aceptación de la propuesta más ventajosa, de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia. Respecto a los requisitos formales, se exige de una resolución fundada que ha de ser comunicada al proponente, conjuntamente con la aceptación de las garantías ofrecidas por el adjudicatario.”⁸⁸

Como podemos concluir, el procedimiento de contratación de catálogo electrónico, por lo menos en la región andina, tuvo sus primeros orígenes en la legislación chilena hace más de quince años, y al igual que lo contemplado en nuestra legislación, consiste en que a través de los convenios marcos realizados por la entidad rectora de contratación pública en cada país, se logran acuerdos macros para todas las entidades públicas, las cuales cuentan con un catálogo o listado de productos y servicios, previamente negociados para todas las entidades públicas en las mismas condiciones, las cuales se pueden realizar de forma directa y en un corto tiempo la adquisición de bienes y servicios, a través de medios electrónicos como es el caso del Internet.

Como se ha analizado en el presente capítulo este procedimiento, tiene características similares a la Subasta Inversa, principalmente en la aplicación de medios electrónicos y tecnología para su ejecución; pero así mismo, también existen diferencias entre estos procedimientos de contratación, principalmente en que sería muy conveniente la aplicación del catálogo electrónico de la manera contemplada en nuestra normativa, que lo establece como procedimiento regla a diferencia de la Subasta Inversa que lo contempla

⁸⁸ id., p. 6.

como procedimiento residual o supletorio de contratación para los casos en que no se pueda realizar el catálogo, ya que esto ocasionaría ahorros para las entidades públicas, principalmente en lo económico y en el tiempo de ejecución.

2.3 DIFERENCIA CON EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN.

Como hemos señalado a lo largo del presente estudio, existen una infinidad de procedimientos de contratación, tanto para relaciones jurídicas públicas como privadas, incluso procedimientos de formas mixtas.

Hemos analizado hasta el momento principalmente dos modalidades de contratación, ambas recientemente incorporadas en nuestra legislación, como son el caso de la Subasta Inversa y del Catálogo Electrónico.

Pero en nuestra misma legislación existen otros procedimientos de contratación, entre los cuales se encuentra la licitación, procedimiento regla de contratación pública en la mayoría de legislaciones de nuestra región, e inclusive procedimiento existente tanto en nuestra legislación anterior como en la actual.

Como lo hemos señalado reiterativamente, este procedimiento de contratación, “la licitación”, es el procedimiento regla para algunos doctrinarios y la mayoría de legislaciones; inclusive señalan que los demás procedimientos se desagregan de este, inclusive la misma Subasta Inversa.

Como se señala en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, “es fácil comprobar numerosos principios legislativos respecto de los concursos de licitaciones que

rigen en cada país, siendo cada día más vasta la esfera de acción de este tipo de relaciones contractuales. Tanto en el orden nacional como en el de las provincias, se han dictado leyes especiales que configuran a veces verdaderos códigos acerca de esta materia. En principio, todas se basan en la imprescindible necesidad de la licitación como medio para adjudicar las obras del Estado o los suministros, realizándose un verdadero contrato tipo (...). Estos contratos – que son de orden administrativo y atañen al Derecho público – no están incluidos en el Código Civil por razones obvias, pero constituyen formas típicas de los contratos al mejor postor, si bien sujetos a caracteres excepcionales.”⁸⁹

Como consta en el estudio realizado por el Departamento de Cooperación Jurídica de la Organización de los Estados Americanos (OAS), relacionado con las “Normas relacionadas con los sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado”⁹⁰, existen la gran mayoría de países, de nuestra región, que tienen a la licitación, como un procedimiento de contratación pública, entre ellos principalmente los siguientes:

- ARGENTINA: Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional.
- BOLIVIA: Procesos de Contratación de Bienes, Obras, Servicios Generales y Servicios de Consultoría.

⁸⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, op. Cit, Tomo MAND-MUSE, p. 520.

⁹⁰ Cfr. Organización de los Estados Americanos (OAS), Departamento de Cooperación Jurídica, “*Normas relacionadas con los sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado*”, pp. 1-25, www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_legis_II_ronda_2. (24-02-2010).

- CHILE: Ley 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Reglamento de la Ley 19.886.
- COLOMBIA: Constitución Política, Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Decreto 855 de 1994, que reglamenta la ley 80, Ley 100 de 1993 contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado; Ley 105 de 1993, Ley 142 de 1994.
- COSTA RICA: Constitución Política de la República, Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, Ley de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos.
- ECUADOR: Constitución de la República, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, disposiciones emitidas por el INCOP, Modelos Obligatorios, Ley de Modernización del Estado.
- EL SALVADOR: Constitución Política, Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, su Reglamento; y, Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones aplicable al Gobierno Central, Instituciones Oficiales Autónomas y Municipalidades.
- HONDURAS: Ley de Contratación del Estado y su Reglamento.
- MEXICO: Disposiciones de rango constitucional, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- NICARAGUA: Ley No. 323 del 2000 (Ley de Contrataciones del Estado) y su Reglamento.
- PANAMÁ: Ley No. 22 de 27 de junio de 2006 y Decreto No. 366 de 28 de diciembre de 2006.
- PARAGUAY: Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

- PERÚ: Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento General.
- REPÚBLICA DOMINICANA: Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones.
- URUGUAY: Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF); y, Licitación y Documentación Unificada para la Adquisición de Bienes y Servicios por Organismos Públicos.
- VENEZUELA: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema del Control Fiscal, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Decreto con Fuerza de Ley reforma parcial de la Ley de Licitaciones, Reglamento parcial del decreto de reforma parcial de la Ley de Licitaciones.
- TRINIDAD Y TOBAGO: Ley del Consejo Central de Licitaciones.

Una vez que se ha demostrado que en las legislaciones de los países de nuestra región el procedimiento de contratación pública mayormente reconocido es la licitación; ahora nos corresponde definir y determinar de mejor manera en que consiste esta modalidad.

Como lo señala la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, en contratación pública el Ecuador representa un caso interesante y avanzado en la región ya que el concepto de compras públicas sustentables está explícitamente mencionado en la Constitución de la República, en su artículo 288 que dispone: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía

popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”⁹¹

En la doctrina, al ser el procedimiento de contratación pública más reconocido en nuestra región, tenemos algunas definiciones de esta modalidad, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

Según Guillermo Cabanellas, la licitación es la “venta o compra de una cosa en subasta o almoneda. Enajenación en subasta pública de la cosa perteneciente a varios codueños cuando no quieren permanecer en la indivisión ni se convienen para adjudicarle a uno o más de los condóminos”.⁹²

Según la doctrina jurídica colombiana, la “licitación pública debe entenderse como un procedimiento por medio del cual la administración pública invita públicamente a todas aquellas personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un contrato, permitiendo la presentación de ofertas en igualdad de condiciones, siempre que los oferentes cumplan los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y de esta manera la administración seleccione la oferta más favorable para sus intereses”.⁹³

En este mismo sentido, otro doctrinario jurídico colombiano, como es, Carlos Enrique Campillo Parra, define a la licitación pública como: “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una

⁹¹ Cfr. Victoria Beláustegui, *Las Compras Públicas sustentables en América Latina, Estado de avance y elementos clave para su Desarrollo*, Red Interamericana de Compras Gubernamentales Programa ICT4GP/ Documento de Trabajo No. 3, OEA, BID, IDRC – CRDI, Canadian International Development Agency, Ottawa, Universidad Nacional de San Martín, 2011, p. 17.

⁹² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, op. Cit, p. 238.

⁹³ José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio, *Contratación Estatal*, Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 167.

convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”⁹⁴

La concepción de la licitación, como procedimiento de contratación pública, en la doctrina jurídica regional, es muy similar, así Roberto Dromi, reconocido jurista argentino y uno de los principales especialistas en el tema, define a la licitación en términos similares, a los antes mencionados, y dice que es “el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”.⁹⁵

Como observamos, la doctrina jurídica regional, tiene similares conceptos de la licitación, por lo que nuestra legislación, tanto actual como anterior, no puede alejarse de la misma, y si bien no la define de forma expresa, se encuentra regulada en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 48; y, en su Reglamento General por sus artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55, así como disposiciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece:

“Art. 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

⁹⁴ Carlos Enrique Campillo Parra, *Celebración y Ejecución de Contratos Estatales*, Segunda Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2006, p. 85.

⁹⁵ Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, op. Cit, p. 76.

2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”⁹⁶

Inclusive alguna parte de la doctrina señala a la licitación y a la subasta inversa como procedimientos de contratación similares, y muchas veces los confunden en uno solo, tal es así que el jurista Manuel Osorio conjuntamente con Guillermo Cabanellas de las Cuevas señalan que: “se hace también por subasta la contrata de los servicios, obras y suministros públicos, aun cuando esa clase de subasta es más conocida por licitación”.⁹⁷

En conclusión, podríamos definir a la licitación como un procedimiento de contratación pública, mediante el cual el Estado o sus entidades públicas en ejercicio de la función administrativa contratan bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, con la formalidad establecida en la norma, con una convocatoria pública previa a todas las personas naturales, jurídicas, públicas, privadas, nacionales, extranjeras, o asociaciones de estas, que reúnan las condiciones establecidas en los pliegos (bases o documentos precontractuales), permitiendo la participación en igualdad de condiciones, a fin de seleccionar la oferta más conveniente a sus intereses.

Una vez definida esta modalidad de contratación, a fin de poder comparar con la Subasta Inversa, de mejor manera, debemos establecer de forma general, el procedimiento que conlleva, la licitación, tanto de forma legal como doctrinaria.

⁹⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 48.

⁹⁷ Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario de Derecho*, Tomo 2, J-Z, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2007, p. 564.

Los principales pasos a seguir en una licitación como procedimiento de contratación son los siguientes:

a. Este procedimiento, al igual que todos los demás, deben cumplir con requisitos comunes establecidos para todas las modalidades de contratación, como son:

a.1 Debe constar en el Plan Anual de Contratación previamente aprobado por la entidad pública, del año o años en los que se ejecutará el proyecto⁹⁸.

a.2 Debe constar con la respectiva disponibilidad presupuestaria de fondos existentes o futuros a los cuales se cargarán los egresos correspondientes, ya sea en un solo ejercicio fiscal o durante los ejercicios fiscales que dure su ejecución.⁹⁹

a.3 Debe constar con la respectiva planificación, programación, estudios, cálculos, y especificaciones generales y técnicas correspondientes, los cuales serán objetivos, no discriminatorios, y específicos para la contratación no podrán ser dirigidos o constar con marcas previamente seleccionadas¹⁰⁰.

a.4 Debe incentivar y priorizar la participación nacional, en todas las contrataciones estatales como política nacional, conforme los principios de la Ley¹⁰¹.

a.5 Debe elaborarse el pliego de condiciones conforme los modelos obligatorios emitidos por el INCOP, bajo responsabilidad de los funcionarios de la entidad pública contratante y propenderán a la eficacia, eficiencia,

⁹⁸ Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 26 de su Reglamento General.

⁹⁹ Art. 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 27 de su Reglamento General, así como los Arts. 24, 35 y 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control - LOAFYC -.

¹⁰⁰ Art. 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁰¹ Art. 25 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

trato igualitario, calidad de los bienes, obras o servicios que se contratan y ahorro para las entidades¹⁰².

a.6 Debe determinarse el presupuesto referencial, es decir, el monto estimado que la entidad pública contratante estima que costará los bienes o servicios que se requieren.¹⁰³

a.7 Debe priorizarse el uso de herramientas informáticas¹⁰⁴.

a.8 Debe publicarse y difundirse todos los actos administrativos del procedimiento de contratación en el Portal de Compras Públicas¹⁰⁵.

b. A la par de la preparación de los requisitos comunes, en este tipo de contratación, conforme nuestra legislación y la doctrina jurídica, se requiere como requisito principal la elaboración de las especificaciones técnicas, condiciones, requisitos, métodos de evaluación y demás consideraciones como bienes y servicios normalizados y/o ejecución de obras, ya que nuestra legislación se diferencia por montos a estas dos modalidades.

c. Como señalamos, nuestra legislación, en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, diferencia por su cuantía y montos a la licitación de adquisición de bienes y servicios no normalizados (0,000015 PIE), de la licitación para ejecución de obras (0,00003 PIE)¹⁰⁶.

¹⁰² Art. 27 y 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 20 y 28 de su Reglamento General.

¹⁰³ Art. 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 27 de su Reglamento General.

¹⁰⁴ Art. 28 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 14 de su Reglamento General.

¹⁰⁵ Art. 36 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 13 de su Reglamento General.

¹⁰⁶ Coeficiente multiplicado por el Presupuesto Inicial del Estado, en la actualidad para el año 2012, los montos para la licitación de bienes y servicios es de USD \$391.639,05; y, para la licitación de ejecución de obras es de USD \$ 783.278,11.

- d. Una vez que contamos con los requisitos preliminares anotados y las aprobaciones y autorizaciones internas de cada entidad pública, se procede con la publicación en el Portal de Compras Públicas, con la cual se inicia el procedimiento propiamente dicho.
- e. Por lo que este procedimiento empieza con la definición del calendario del procedimiento y su publicación en el Portal de Compras Públicas, en una fecha determinada previamente.
- f. Un elemento caracterizador en esta modalidad contractual, en nuestra legislación, tanto en la anterior como en la actual, y que diferencia de otros procedimientos es que obligatoriamente debe formarse una Comisión Técnica (antes Comité de Contrataciones), para llevar a cabo este procedimiento.¹⁰⁷
- g. Las fases preparatorias y precontractuales propiamente dichas, se encuentran reguladas en nuestra legislación en el artículo 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece: “La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.”¹⁰⁸
- h. Como analizamos este procedimiento comienza con la publicación y formulación de una convocatoria, la cual se encuentra regulada por el artículo 49 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

¹⁰⁷ Art. 18 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁰⁸ Art. 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Contratación Pública, en concordancia con el artículo 1 de la Resolución No. 022-09, de 12 de mayo de 2009, emitida por el INCOP.¹⁰⁹

- i. Posteriormente tenemos la etapa de aclaraciones, observaciones y respuestas, en las cuales los posibles interesados pueden formular inquietudes u observaciones al contenido de los pliegos, así como cada entidad contratante por su propia iniciativa o acogiendo las preguntas formuladas, pueden aclarar o responder inquietudes respecto a los pliegos, siempre y cuando estas no modifiquen sustancialmente al objeto de la contratación ni el presupuesto referencial.¹¹⁰
- j. El siguiente paso es el contenido, análisis y presentación de las ofertas, los cuales se encuentran regulados por el Reglamento General a la LOSNCP, en sus artículos 50 al 53, que principalmente señalan que: las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas por los oferentes, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, las cuales deberán cumplir todos los requerimientos exigidos en los Pliegos y se adjuntará todos y cada uno de los documentos solicitados, esta presentación será fijada por cada entidad contratante atendiendo al monto y complejidad de la contratación, dentro de un término mínimo de diez días y máximo de treinta días, salvo el caso de contrataciones de obras en que el término máximo podrá ser de hasta cuarenta y cinco días. Una vez presentada las ofertas se procederá a la apertura de las mismas. Una vez abiertas las ofertas, se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec al menos la siguiente información:
 1. Identificación del Oferente.

¹⁰⁹ Art. 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, artículo 1 de la Resolución INCOP-022-09.

¹¹⁰ Artículos 4 y 5 de la Resolución INCOP-022-09.

2. Descripción básica de la obra, bien o servicio ofertado; y,
 3. Precio unitario por cada ítem, si ese es el caso y valor total de la oferta.¹¹¹
- k. Una vez presentadas las ofertas, la Comisión Técnica podrá designar una subcomisión de apoyo y evaluación de las ofertas¹¹², para proceder a la evaluación de las mismas conforme los parámetros establecidos previamente en los pliegos. El artículo 54 del Reglamento General a la LOSNCP establece que: “La Comisión Técnica revisará que las ofertas cumplan los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y rechazará aquellas que no den cumplimiento a los mismos. La evaluación de las ofertas se efectuará aplicando los parámetros de calificación previstos en los pliegos. La evaluación de una oferta comprende tanto la referida a la propuesta técnica como a la propuesta económica. La oferta evaluada como la mejor será aquella que obtenga el mejor costo de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la Ley.”¹¹³
- l. Previamente si se considera necesario se establece una etapa de convalidación de errores de forma, respecto de las ofertas presentadas, etapa en la cual los oferentes a pedido de la entidad contratante pueden realizar convalidaciones o aclaraciones a sus ofertas, para que estas puedan ser evaluadas de mejor manera, siempre que estas modificaciones o aclaraciones no modifiquen sustancialmente la oferta y que estas puedan ser subsanadas.¹¹⁴

¹¹¹ Artículos 50, 51, 52 y 53 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹² Art. 19 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 6 de la Resolución No. INCOP-022-09.

¹¹³ Art. 54 y 55 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹⁴ Art. 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- m. Una vez que se han aclarado o subsanado las ofertas, la entidad pública procede al análisis y evaluación de las ofertas presentadas.
- n. Posteriormente se indica la etapa de adjudicación y notificación, en la cual se escoge a la oferta más conveniente conforme los parámetros de evaluación establecidos previamente en los pliegos y numeral 18, del artículo 6 de la LOSNCP, con lo cual se da por finalizado el procedimiento¹¹⁵.
- o. Vale resaltar que al igual que en los procesos de Subasta Inversa se podría tener otras etapas adicionales, de oficio o iniciativa privada, tales como: declaratoria de cancelación del proceso, declaratoria de desierto del proceso, revocatoria de actos, nulidades y/o reclamos administrativos, recursos administrativos, cuando así conste de cada proceso.

Finalmente al igual que todo procedimiento precontractual de contratación, se procede con la correspondiente suscripción del contrato¹¹⁶, con la diferenciación que este debe ser protocolizado ante Notario Público; de ahí la ejecución del mismo, para finalizar con la entrega recepción¹¹⁷ respectiva. Ya que como hemos señalado las diferentes modalidades de contratación únicamente son medios para obtener un fin, el cual es la realización de actividades y funciones en busca de satisfacer el interés público.

Esto es en cuanto al procedimiento establecido en nuestra legislación, acogido normalmente por la doctrina jurídica, pero esta doctrina realiza algunas

¹¹⁵ Art. 54 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 8 de la Resolución No. INCOP-022-09.

¹¹⁶ Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹⁷ Art. 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

consideraciones adicionales, que considero oportuno tomar nota, como son las siguientes:

- Este procedimiento de contratación, al tratarse de derecho público, se basa en el formalismo del mismo, es decir, que los pasos a seguir se encuentran establecidos tanto en la normativa vigente como en los pliegos de condiciones de forma previa. Este formalismo se da en todas sus etapas, tanto en la preparación, formalización, perfeccionamiento, ejecución y culminación. Como lo señala el jurista Roberto Dromi “el formalismo en los contratos administrativos está constituido por todos los recaudos y formalidades que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (procedimiento licitatorio), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación) al encuentro de ambas voluntades”.¹¹⁸
- La invitación o convocatoria es el acto administrativo mediante el cual se invita a los interesados y posibles oferentes a que presenten sus ofertas, en este sentido Roberto Dromi indica que “la invitación a los interesados, oferentes, eventuales adjudicatarios o contratistas, se traduce en un acto administrativo concreto: el llamado a licitación, emitido por el órgano competente del ente público estatal o no estatal”.¹¹⁹
- Todas las condiciones, especificaciones técnicas, presupuesto referencial y parámetros de evaluación deben estar reglados previamente en los pliegos de condiciones (bases o documentos precontractuales) ya que estas son la ley que rige el concurso de licitación, en este sentido el mencionado jurista argentino denuncia que

¹¹⁸ Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, op. Cit, p. 63.

¹¹⁹ Id. p. 79.

“El pliego, como conjunto de disposiciones redactadas unilateralmente por el licitante, regula el trámite mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ejecución ulterior del contrato. En sus cláusulas generales y especiales se particulariza sobre el objeto, obra o servicio que se licita, las condiciones de la contratación, su preparación y ejecución (...) Los pliegos de bases y condiciones deben contener reglas formuladas de manera impersonal y que sirven para mantener la igualdad de los oferentes”.¹²⁰

- Este procedimiento tiene principalmente tres fases: fase preparatoria, fase esencial y fase integrativa; entendiendo como tales a:

Fase preparatoria: Netamente de la Administración y es cuando “se llevan a cabo los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de la voluntad contractual administrativa”.¹²¹

Fase esencial: “Comprende la licitación propiamente dicha, es decir, los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de su contratista. En esta fase como en la siguiente, las relaciones que se generan son bilaterales y afectan o pueden afectar a terceros. Se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación”.¹²²

Fase integrativa: “Da lugar a la voluntad objetivada y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo

¹²⁰ Id. p. 79 y 80.

¹²¹ Id. p. 96.

¹²² Id. p. 97.

prevé: notificación de adjudicación, aprobación de la adjudicación, homologación, instrumentación escrita”.¹²³

- El procedimiento de licitación es una modalidad de contratación que no comprende un solo acto sino que es el conjunto de actos y hechos jurídicos, por lo que es considerado un “acto complejo”. Como lo exterioriza, Roberto Dromi “la licitación no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, que concurren a formar la voluntad contractual.”¹²⁴
- Generalmente la modalidad de licitación es considerada por la doctrina como procedimiento regla común, a diferencia de nuestra legislación que lo establece como un procedimiento de contratación principalmente para obras y también para bienes y servicios no normalizados, esto es, un procedimiento residual cuando no se hallan podido llevar a cabo los procedimientos dinámicos y su cuantía establezca llevar a cabo este procedimiento. Como lo señala Dromi, “la licitación pública, como procedimiento de selección del contratista de la Administración, se identifica por dos rasgos que la distinguen de los demás procedimientos su carácter de ser procedimiento regla y el hecho de constituir un procedimiento reglado”.¹²⁵

Finalmente, debemos analizar las semejanzas y diferencias que nuestra legislación establece entre los procedimientos de licitación y subasta inversa, entre las que corresponde resaltar las siguientes:

¹²³ Id. p. 98.

¹²⁴ Id. p. 77.

¹²⁵ Id. p. 88 y 89.

Según nuestra legislación, dentro de las principales semejanzas podemos mencionar:

- Ambas modalidades son formas o mecanismos de contratación pública de adquirir bienes y servicios, excluyendo por supuesto a las obras y consultoría.
- En la actualidad ambos procedimientos son los más utilizados para la adquisición de bienes y prestación de servicios por parte de las entidades públicas.
- Los dos procedimientos son medios de contratación que utilizan las entidades públicas para satisfacer las necesidades colectivas y en busca del interés común y de cumplimiento de sus competencias.
- Las dos modalidades de contratación son generalmente reconocidas por la doctrina jurídica, en especial por la doctrina de la región sudamericana, como se ha señalado en el presente capítulo. Así como las modalidades más utilizadas, en la misma región.
- Ambos procedimientos se encuentran regulados por nuestra legislación como procedimientos de contratación, con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- En ambos procedimientos, previo a su inicio se deben obtener los requisitos preliminares como son su planificación, estudios, diseños, especificaciones, la motivación de la necesidad, la disponibilidad presupuestaria, la elaboración de Pliegos, constar en el Plan Anual de Contratación, y contar con las autorizaciones respectivas.

- En nuestra legislación, ambos procedimientos se llevan a cabo por medios electrónicos, en especial a través de la implementación y ejecución a través del Portal de Compras Públicas.
- Ambos procedimientos son considerados por nuestra legislación como procedimientos residuales para bienes y servicios normalizados, únicamente cuando no se haya podido realizar la contratación a través de catálogo electrónico, y en el caso de licitación cuando no se haya podido realizar tampoco la Subasta Inversa y que por su cuantía corresponda seguir aquel procedimiento; claro esta siempre hablando de adquisición de bienes y prestación de servicios normalizados, ya que las obras no proceden.
- Para los dos procedimientos es requisito indispensable, que el proveedor adjudicado así como los oferentes participantes, se encuentren habilitados en el Registro Único de Proveedores.
- Ambos procedimientos se perfeccionan con un contrato administrativo, celebrado entre la entidad pública contratante y el adjudicado.
- En ambos casos, la entidad contratante tiene que recibir a satisfacción los productos a través de un acta de entrega recepción, bienes y servicios que buscan satisfacer el interés común, es decir, es simplemente un medio para obtener el mismo.
- Los dos procedimientos se llevan a cabo a través de un procedimiento reglado, en el cual generalmente participan más de un oferente, y el adjudicado es el que cumpliendo los requisitos obligatorios, sea más conveniente para la entidad.

- El procedimiento de ambas modalidades de contratación son bastantes similares en nuestra legislación, inicia con los requisitos comunes, publicación en el Portal de Compras Públicas, preguntas, respuestas y/o aclaraciones, entrega de las propuestas, convalidación de errores, calificación de las ofertas, y selección del adjudicado. Para finalizar de igual manera con suscripción del contrato y acta entrega recepción de los bienes y/o servicios.
- En ambos procedimientos existe la figura jurídica de la comisión técnica, como organismo encargado de llevar a cabo la formalidad del proceso.

Pero así mismo como tienen algunas semejanzas, según nuestra legislación, también tienen diferencias determinantes, entre las cuales principalmente podemos señalar las siguientes:

- El procedimiento de Subasta Inversa es regulado como procedimiento dinámico mientras que la licitación es considerado como un procedimiento común, esto es, que se puede llevar a cabo únicamente cuando ha sido imposible o llevado a cabo ha sido declarado desierto los procedimientos dinámicos.
- En el caso del procedimiento de licitación a más de realizar contrataciones para adquisición de bienes y prestación de servicios, también se puede realizar dependiendo de la cuantía, procedimientos para ejecución de obras. Mientras que en la Subasta Inversa no cabe llevar a cabo ejecución de obras.
- Si bien los dos procedimientos existe la figura de la comisión técnica, conforme nuestra legislación dependiendo de la cuantía procede o no

realizar a través de la comisión técnica. En el caso de la licitación siempre se llevará a cabo a través de este cuerpo colegiado, e inclusive este cuerpo colegiado tiene un mayor número de participantes, ya que se incluyen en el mismo los delegados financieros y legales de cada entidad, con voz pero sin voto.

- Ambos procedimientos se encuentran incorporados en nuestra nueva legislación, sin embargo, la licitación fue incorporada en nuestra legislación mucho antes desde la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, publicado en el Registro Oficial número 159, del 27 de agosto de 1976, posteriormente se mantuvo con la Ley de Contratación Pública, 1990; publicada en el Registro Oficial número 501 de 16 de agosto de 1990; y, se ratificó con la Codificación a la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial 272 de 22 de febrero de 2001; mientras que la Subasta Inversa se incorporó en nuestra legislación recientemente con el Decreto Ejecutivo No. 1091, anteriormente analizado.
- Ambos procedimientos requieren de requisitos mínimos de forma igual, pero en especial en los establecidos en sus Pliegos, cada proceso tiene sus consideraciones individualizadas.
- En nuestra legislación, ambos procedimientos se llevan a cabo por medios electrónicos, en especial a través del Portal de Compras Públicas, sin embargo en la Subasta Inversa este medio electrónico es mucho más importante ya que a través de él se lleva la etapa de puja, o más reconocida como oferta económica.

- La licitación no tiene el paso de etapa de puja, porque en las ofertas ya viene incorporado el componente económico de cada una, sin que este sea el único parámetro de calificación.
- La oferta económica en la licitación es una sola y fija, mientras que en la Subasta Inversa la oferta económica es dinámica, puede ir variando sucesiva y reiteradamente hasta el final.
- En el procedimiento de Subasta Inversa la calificación se limita a determinar si cumple o no cumple las especificaciones técnicas y requisitos solicitados, para en un segundo momento realizar la oferta económica, mientras que en la licitación la calificación se determina en última instancia en la oferta técnica y económica más conveniente sin que la oferta económica sea el único parámetro decisorio.
- Ambos procedimientos se perfeccionan con un contrato administrativo, pero en la licitación este contrato siempre tiene que ser protocolizado ante notario público, en cambio en la Subasta Inversa únicamente si su monto supera el coeficiente de licitación.

CAPÍTULO III

LA SUBASTA INVERSA ECUATORIANA EN COMPARACIÓN CON LAS LEGISLACIONES PERUANA Y ARGENTINA

Nuestra actual legislación en contratación pública, si bien en contexto mantiene ciertas figuras jurídicas reconocidas desde los años setenta, pero con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se crearon algunas modalidades novedosas para nuestra realidad de contratación.

De ahí la necesidad del presente análisis, al tratarse de modalidades de contratación reconocidas generalmente en nuestra región, es necesario compararlas con otras legislaciones de la región sudamericana.

Como lo señala la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, “en general, los países de la región cuentan con marcos institucionales y normativos sobre los sistemas de compras públicas relativamente modernos, fruto del proceso de modernización y reconversión en el que se hallan inmersos, con fuerte tendencia hacia la utilización masiva de medios electrónicos como soporte o medio para la realización de transacciones con el sector público. La medida en que estas reformas y modernización del sistema acerquen al concepto de ‘buenas compras’-que incluye la sustentabilidad- influirá en la velocidad a la cual es probable que se implementen las compras públicas sustentables. Los países que aún se encuentran en etapa de reforma cuentan con una excelente oportunidad para introducir las consideraciones en una etapa muy temprana y a un nivel fundamental.”¹²⁶

¹²⁶ Victoria Belástegui, *Las Compras Públicas sustentables en América Latina, Estado de avance y elementos clave para su Desarrollo*, op. cit., p. 15.

Por eso, este análisis se realiza en confrontación con las normativas argentina y peruana, pertenecientes a nuestra misma región.

Primeramente con la legislación peruana, por ser nuestro país vecino; debido a que al igual que nosotros adoptó un proceso de implementación y actualización de la normativa en contratación pública muy similar a la nuestra, inclusive porque sus reformas fueron muy cercanas en el tiempo, en la forma; y, en la regulación de los procedimientos de contratación.

En cambio con la normativa argentina, por siempre ser caracterizada como líder e ícono a seguir en nuestra región, principalmente en el derecho administrativo y en contratación pública, por sus reconocidos juristas y profesionales del derecho; y, adicionalmente tener como procedimiento regla a la licitación.

En el presente análisis hemos tomando en consideración la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana que adopta nuevas modalidades de contratación pero que igualmente mantiene otras, como la licitación, régimen especial y la consultoría; una característica primordial es que esta nueva normativa es de carácter Orgánica, por lo que prevalecería sobre leyes de menor jerarquía, e, incluso en ciertos aspectos sobre las leyes de los organismos de control.

Asimismo una de las ventajas de la nueva Ley nacional, es que agrupa las instituciones tratadas en las leyes derogadas como la Ley de Contratación Pública, la Ley de Consultoría y leyes especiales como las de Petroecuador, conciliando los procedimientos para la contratación pública, para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, incluidos los de consultoría, en todas las entidades públicas.

Situación que no solo ha ocurrido en nuestro país, ya que una de las características del derecho, es que éste tiene que adaptarse y acoplarse continuamente a las relaciones sociales y nuevas formas jurídicas.

Razón por la cual una vez que hemos analizado la nueva figura jurídica para nuestra legislación, como es la incorporación en nuestra normativa de la Subasta Inversa, ahora se procederá en el presente análisis a confrontar y asimilar este procedimiento con relación a otra normativa de la región, en este caso principalmente con la legislación de Argentina y Perú.

3.1. ACERCAMIENTO A LAS NUEVAS REFORMAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS LEGISLACIONES PERUANA Y ARGENTINA CON RELACIÓN A LA ECUATORIANA.

En el país vecino y hermano, Perú, se adoptó un proceso de implementación y actualización de la normativa en contratación pública muy similar a la nuestra, inclusive porque sus reformas fueron muy cercanas en el tiempo como en la regulación de los procedimientos de contratación.

La nueva Ley de Contrataciones del Estado peruana y su Reglamento fueron promulgadas el 4 y 28 de junio del 2008, respectivamente. Con lo cual se reemplazó a la Ley 26850 - Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado. Mientras que nuestra legislación fue publicada el 4 de agosto de 2008, posteriormente a la promulgación y publicación de la legislación peruana fue necesario incorporar nuevas normas reglamentarias para una mejor aplicabilidad de las nuevas instituciones jurídicas, razón por la cual se emitió el "D.L. 1018 creó la Central de Compras Públicas - Perú Compras y el Decreto

Legislativo 1063 aprobó la Ley de Adquisiciones Estatales a través de la Bolsa de Productos. El 11 de diciembre de 2008 fue publicado el Reglamento del D.L. 1063, el 1 de enero de 2009 el Reglamento del D. Leg. 1017 y el 14 de enero de 2009 se publicó la aprobación del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado -OSCE, con lo cual se inicia un nuevo periodo para la legislación de las contrataciones públicas en el país.”¹²⁷

Pese a que la promulgación de esta nueva normativa peruana se realizó a mediados del año 2008, al igual que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana, que fue el 4 de agosto de 2008, recién entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, en el caso de nuestra legislación nacional tuvo su vigencia íntegramente a partir del 30 de abril de 2009.

Los términos y regulaciones en ambas legislaciones tratan de adaptar estos procedimientos novedosos a la nueva norma, pero sin dejar a un lado los procedimientos que comúnmente eran incluidos.

Por ejemplo, mientras en Ecuador se creó con esta nueva normativa el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP -, como organismo rector de la contratación pública nacional, en la nueva normativa peruana se sustituyó el CONSUCODE (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) por el OSCE – Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – con la finalidad de que ayude a la gestión de las instituciones públicas en el cumplimiento de sus objetivos y, a través de ellos, satisfacer las necesidades de la población y de las entidades contratantes.

¹²⁷ Yenny, Asencios Espinoza y otros, *Sistemas de Abastecimiento y la Ley de Contrataciones de Estado*, Monografía, Universidad Católica Sedes Sapientiae, Escuela Mayor de Gestión Municipal, Diplomado Gestión Administrativa Moderna, Lima, 2009, p. 32.

Entre otras figuras jurídicas muy similares entre ambas leyes tenemos: ámbito de aplicación de la ley, principios, delegación, organismos, expedientes de contratación, plan anual de contratación, registro nacional de proveedores, impedimentos para contratar con el Estado, requisitos comunes, procesos de selección, licitación pública, concurso público, menor cuantía, prohibición de fraccionamiento, formalidades, situación de emergencia, comité especial (comisión técnica), responsabilidades de funcionarios y de quienes intervienen en la contratación, bases (pliegos), evaluación y calificación de las propuestas (ofertas), procedimientos desiertos, validez de las ofertas, cancelación del proceso, de los contratos, ofertas en consorcio, subcontratación, garantías, cláusulas obligatorias (exorbitantes), prórrogas, ampliaciones, culminación de los contratos, registro de procesos y contratos, recepciones, terminaciones, reclamos, trámite administrativo y judicial, entre otras más.

Al ser nuevas regulaciones, al igual que en nuestro país, poco a poco aparecen los juristas nacionales en la materia que tratan a profundidad los temas de la misma, en el caso peruano entre otros podemos resaltar algunos aportes como los de Jorge Pando Vilchez¹²⁸ y Roberto Reynoso Peñaherrera¹²⁹, que estudian lo referente al procedimiento, análisis y características de la nueva normativa y también de la subasta inversa.

Si bien en el Perú, con la nueva normativa se impulsó a la Subasta Inversa, como una modalidad de contratación, al igual que en nuestra legislación, esta fue incorporada inicialmente antes; con la Ley de

¹²⁸ Jorge Pando Vilchez, *Opiniones, reflexiones o ideas sobre derecho administrativo y constitucional*, en <http://blog.pucp.edu.pe> (28-01-09)

¹²⁹ Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos, y especializado en contratación pública y derecho administrativo. Árbitro y Conciliador Extrajudicial. Fue Asesor Legal del Consejo Superior de Contrataciones del Perú y es actual Asesor Legal de Electroperú S.A. Ponente en conferencias, seminarios y talleres especializados en derecho administrativo y contratación pública.

Contrataciones (ley 26850) actualmente derogada, pero vigente en el año 2007; ya que a esa fecha, se inició con “una práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través sobre todo del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que llevaba a cabo difusión de procesos y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la reciente implantación de la subasta inversa electrónica”¹³⁰, pese a que su incorporación fue antes que en nuestra legislación, igualmente no fue en su mayoría aplicada hasta con la promulgación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

En cuanto a la normativa vigente propiamente dicha y al procedimiento de estudio (subasta inversa), la normativa peruana a través de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D. L. No. 1017, en su artículo 15 dentro del Capítulo II, “De los procesos de selección”, establece los mecanismos de contratación, por lo que textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 15.- Mecanismos de contratación:

Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que defina el Reglamento.

En el Reglamento se determinará las características, requisitos, procedimientos, metodologías, modalidades, plazos, excepciones y sistemas aplicables a cada proceso de selección.”

¹³⁰ José Antonio, Moreno, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un Estudio comparado con el derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Bellido Ediciones EIRL, Lima, 2007, p. 11.

En cuanto al Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado mediante D. S. No. 184-2008-ef, los artículos referentes a la Subasta Inversa, constantes el Capítulo X, son los siguientes:

“CAPÍTULO X SUBASTA INVERSA

Artículo 90.- Definición y aplicación

La Subasta Inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica.

Se consideran bienes o servicios comunes, aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, tienen patrones de calidad y de desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan.

El OSCE aprobará las fichas técnicas de los bienes y servicios transables que puedan contratarse bajo esta modalidad, observando las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias, así como la normativa aplicable. Dichas fichas técnicas serán incluidas en el Listado de Bienes y Servicios Comunes publicado en el SEACE, debiendo ser revisadas permanentemente por el OSCE, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico legal.

La Subasta Inversa Presencial se realiza en acto público por medio de propuestas de precios escritos y lances verbales. La Subasta Inversa Electrónica se realiza a través del SEACE.

Artículo 91.- Uso de la modalidad de Subasta Inversa

La contratación de un bien o servicio que se encuentra incluido en el Listado de Bienes y Servicios Comunes resulta obligatoria utilizando la modalidad de Subasta Inversa, a partir de los treinta (30) días calendario desde la publicación de las fichas técnicas respectivas en el SEACE, siempre que dicho bien o servicio no se encuentre incluido en el Catálogo de Convenios Marco, en cuyo caso deberá adquirirlo empleando tal modalidad. Antes del cumplimiento de dicho plazo, la utilización de la modalidad de Subasta Inversa es facultativa.

Las Entidades podrán convocar un proceso de selección tradicional, en caso de la existencia de condiciones más ventajosas que sean objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad, para lo cual deberán obtener la autorización del OSCE, antes de efectuar la contratación. En el caso que el valor referencial de la contratación de bienes o servicios comunes corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía, será potestad de la Entidad utilizar la modalidad de Subasta Inversa, en cuyo caso deberá realizarse de manera electrónica.

En caso que, con anterioridad a la publicación de las fichas técnicas, las Entidades hayan convocado un proceso de selección sobre los mismos bienes y servicios, deberán continuar con dicho proceso. En caso que el proceso de selección convocado sea declarado desierto, la convocatoria ulterior deberá efectuarse por Subasta Inversa.

Si un proceso de selección sujeto a la modalidad de Subasta Inversa es declarado desierto, la siguiente convocatoria se realizará bajo dicha modalidad, salvo que se haya

excluido la ficha técnica objeto del proceso, en cuyo caso la contratación ulterior deberá efectuarse por un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía no sujeto a esta modalidad.

Artículo 92.- Convocatoria y desarrollo del Proceso

La conformación y actuación del Comité Especial se sujeta a las reglas previstas en el presente Reglamento, con las particularidades que se establezcan en el presente Capítulo.

Las Bases deberán contener la convocatoria, la ficha técnica del bien o servicio requerido, la misma que se obtendrá del Listado de Bienes o Servicios Comunes publicado en el SEACE, la proforma del contrato, los plazos, la forma, el lugar y las demás condiciones para el cumplimiento de la prestación, siguiendo lo establecido en el artículo 26° de la Ley, en lo que resulte aplicable, entre otras condiciones mínimas que establezca el OSCE a través de directivas.

La Subasta Inversa puede ser presencial o electrónica.

Cualquiera que sea el tipo de proceso de selección, la convocatoria será efectuada a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases y, cuando corresponda, un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad de todos los actos desarrollados con posterioridad.

La descripción del objeto de la contratación deberá estar acompañada del código respectivo, de acuerdo a la clasificación adoptada por el Listado correspondiente.

La utilización de la modalidad de selección por Subasta Inversa no exime a la Entidad del cumplimiento de las disposiciones referidas a las fases de Programación y Actos Preparatorios y de Ejecución Contractual, salvo las particularidades expresamente señaladas en el presente Capítulo.

Artículo 93.- Presunción de cumplimiento

Se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las Bases. Esta presunción no admite prueba en contrario.

Artículo 94.- Recurso de apelación

Las discrepancias que surjan desde la convocatoria hasta la celebración del contrato inclusive, podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Titular de la Entidad o el Tribunal, según corresponda, debiendo cumplirse los requisitos y garantías establecidos en la Ley y el presente Reglamento.

El Titular de la Entidad o el Tribunal, deberán resolver dentro del término no mayor de diez (10) días hábiles de admitido el recurso, salvo que hubiese requerido información adicional, en cuyo caso deberá pronunciarse dentro del término de quince (15) días hábiles.

Artículo 95.- Particularidades de la Subasta Inversa Presencial

Cualquiera sea el tipo de proceso de selección convocado, el registro de participantes se realizará desde el día siguiente de publicada la convocatoria en el SEACE, hasta un día (1) antes de la fecha prevista para el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro.

En el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, el plazo entre la convocatoria y la presentación de propuestas no será menor a ocho (8) días hábiles. En las Adjudicaciones Directas, dicho plazo no será menor a cinco (5) días hábiles. En esta modalidad de selección no se considerarán las etapas de consulta ni de observaciones a las Bases.

En el día, hora y lugar indicados se realizará el acto público para la presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, en presencia de Notario o Juez de Paz si es que en la localidad no hubiera acceso al primero.

Las personas naturales concurren personalmente o a través de su apoderado debidamente acreditado ante el Comité Especial mediante carta poder simple.

Las personas jurídicas lo hacen por medio de su representante legal o apoderado. El representante legal acreditará tal condición con copia simple del documento registral vigente que consigne dicho cargo y, en el caso del apoderado, será acreditado con carta poder simple suscrita por el representante legal, a la que se adjuntará el documento registral vigente que acredite la condición de éste.

En ambos casos, en la carta poder debe establecerse la representación para formular propuestas, efectuar lances y para ejercer todos los demás actos inherentes a la Subasta Inversa durante el acto público.

El Comité Especial llamará a todos los participantes en el orden en que se hubieren inscrito, con la finalidad que presenten sus dos (2) sobres, de los cuales el primero, denominado sobre de habilitación, contendrá la documentación que acredite que el postor se encuentra habilitado para participar en el proceso de selección y cumple con el objeto de la contratación, y el segundo su propuesta económica.

Se entenderá que la Buena Pro ha quedado consentida el día de su otorgamiento, si otorgada la Buena Pro del proceso o del ítem, de ser el caso, ningún postor hubiera dejado constar en el acta su intención de impugnar el proceso.

En caso de empate el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará a través de sorteo en el mismo acto.

Para otorgar la Buena Pro, el Comité Especial verificará que por lo menos haya dos (2) propuestas válidas, caso contrario el proceso se declarará desierto.

El recurso de apelación contra los actos producidos durante el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, y contra los actos que afecten su validez, deberá ser interpuesto por los postores dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de dicho acto público, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes de dicho acto público en el caso de Adjudicaciones Directas.

En el caso de procesos de selección según relación de ítems, el plazo indicado en el párrafo anterior se contará a partir de la culminación del acto público de otorgamiento de la Buena Pro de la totalidad de los ítems.

Para los actos posteriores al otorgamiento de la Buena Pro, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes en el caso de Adjudicaciones Directas.

Artículo 96.- Particularidades de la Subasta Inversa Electrónica

La convocatoria, el registro de participantes, el registro y presentación de propuestas, la apertura de propuestas y el periodo de lances, así como el otorgamiento de la buena pro se efectuarán y difundirán a través del SEACE.

Cualquiera sea el tipo de proceso de selección convocado, el registro de participantes, registro y presentación de propuestas se realizará desde el día siguiente de publicada la convocatoria en el SEACE hasta la fecha y hora señaladas en el calendario para tales efectos y se efectuará a través del SEACE, de acuerdo al procedimiento establecido por el OSCE.

En los procesos de selección que correspondan a Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, la etapa de registro de participantes, registro y presentación de propuestas no podrá tener un plazo menor a ocho (8) días hábiles. En los procesos de Adjudicaciones Directas, dicho plazo no podrá ser menor a cinco (5) días hábiles. En los procesos de selección de Adjudicaciones de Menor cuantía, el plazo no podrá ser menor a dos (2) días hábiles.

La apertura de propuestas y período de lances se realizará a través del SEACE, de acuerdo al procedimiento establecido por el OSCE.

Una vez culminada la etapa de apertura de propuestas y período de lances, el sistema registrará los resultados y el orden de prelación de los postores, generando y publicando el acta electrónica con el detalle del desarrollo de dicha etapa.

El Comité Especial verificará que el postor que haya obtenido el primer lugar en el orden de prelación, haya presentado la documentación exigida por las Bases; en caso contrario procederá a descalificarlo, y evaluará la documentación del siguiente postor en estricto orden de prelación, y así de manera sucesiva. Para otorgar la Buena Pro, el Comité Especial verificará que por lo menos haya dos (2) propuestas válidas, caso contrario el proceso se declarará desierto.

Se entenderá que la Buena Pro ha quedado consentida, si dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de la publicación en el SEACE del acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, o de cinco (5) días en el caso de Adjudicaciones Directas o Adjudicaciones de Menor Cuantía, no se ha interpuesto recurso de apelación.

En caso de empate el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará a través de sorteo en el mismo acto.

El recurso de apelación contra los actos que se produzcan desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la Buena Pro y contra los actos que afecten su validez, deberá ser interpuesto por los postores dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de la publicación en el SEACE del acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes de dicho acto público en el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía.

Para los actos posteriores al otorgamiento de la Buena Pro, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes en el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía.”¹³¹

Una vez determinada las normas aplicables tanto de la Ley de Contrataciones del Estado peruana como de su Reglamento, analizaremos brevemente que establecen los doctrinarios peruanos respecto a la misma.

Según los autores de la monografía “Sistema de Abastecimiento y la Ley de Contrataciones del Estado”¹³², y la normativa objeto de análisis en el

¹³¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones, artículos 90 – 96.

¹³² Cfr. Yenny, Ascencios Espinoza y otros, *Sistemas de Abastecimiento y la Ley de Contrataciones de Estado*, op. Cit., p. 31-49.

sistema peruano, las formas y mecanismos para la ejecución de las contrataciones previstos en la Legislación del D. leg.1017 pueden ser esquematizados en un ordenamiento clasificatorio teniendo en cuenta el objeto de las contrataciones, los sistemas de contratación, los tipos de procesos de selección, las modalidades contractuales, las modalidades de selección, las formas de ejecución de la selección y los mecanismos de contratación.

En cuanto a las modalidades de selección se realiza sobre la base de lo regulado en el artículo 15° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017 y el artículo 21° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, en las cuales se establecen las modalidades especiales de Convenio Marco y Subasta Inversa:

- El Convenio Marco es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco. La definición de los bienes y servicios a contratar, la conducción de los procesos de selección, la suscripción de los acuerdos y la administración de los Convenios Marco, están a cargo de la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS.

El Catálogo Electrónico de Convenios Marco está a cargo del OSCE. Es publicado y difundido a través del Portal del SEACE y contiene las fichas con las características de los bienes y servicios que son ofertados en la modalidad de Convenio Marco. Las fichas incluyen los proveedores adjudicatarios, precios, lugares de entrega y demás condiciones de la contratación.

La contratación de un bien o servicio utilizando el Catálogo Electrónico de Convenios Marco es obligatoria para cualquier entidad pública a partir del día siguiente que se publicaron las fichas en el SEACE. A pesar de la obligatoriedad, una entidad pública puede emplear otro mecanismo de contratación, si existen condiciones más ventajosas que sean objetivas, demostrables y sustanciales y previa autorización del OSCE antes de efectuar la contratación.

- La Subasta inversa es una técnica moderna de compras, adoptada por la legislación peruana como una modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Existen dos formas de ejecución de subasta inversa: la presencial y la electrónica. La Presencial se realiza en acto público por medio de propuestas de precios escritos y lances verbales y la Electrónica a través del SEACE.

La regulación específica de esta modalidad de selección se encuentra establecida en el artículo 15° de la ley de Contrataciones del Estado y los artículos del 90° al 96° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF.

En el mismo sentido se ha pronunciado el jurista peruano Edwin Walter Tovar, en su publicación "Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano" ¹³³, en la cual señala que el 4 de junio de 2008 se publicó en "El Peruano", el Decreto Legislativo N° 1017 (La Nueva Ley de Contrataciones y

¹³³Cfr. Edwin Walter Tovar, *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano*, <http://www.monografias.com/trabajos74/ley-contrataciones-adquisiciones-estado-peruano/ley-contrataciones-adquisiciones-estado-peruano2.shtml#nuevaleyda> (02-03-2010)

Adquisiciones del Estado), conteniendo las nuevas disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras. Con la publicación de esta nueva norma se derogó la ley N° 28650, sus normas modificatorias y demás normas opuestas al Decreto Legislativo No.1017. Este nuevo cuerpo normativo fue elaborado con el propósito de fusionar en un solo cuerpo normativo las disposiciones que antes estaban dispersas en seis grupos de leyes y reglamentos (dos para el caso de obras, dos para el caso de bienes y servicios generales y dos para el caso de consultoría).

En la mencionada Ley precisa que los procesos de selección son los de licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco de acuerdo a lo que defina el Reglamento.

Dentro de estas modalidades especiales de selección tenemos a la Subasta Inversa y el Convenio Marco de Precios, entendiendo a tales como:

- La **Subasta Inversa**, es una modalidad especial de selección, por la cual una Entidad realiza la adquisición de bienes comunes a través de una oferta pública y en la que, el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio. La Subasta Inversa, se puede realizar de manera Presencial o Electrónica. La Subasta Inversa Presencial, se realiza necesariamente en Acto Público, pudiendo realizarse a través de lances verbales o lances por Medios Electrónicos. Para el otorgamiento de la Buena Pro en procesos de selección convocados bajo la modalidad de

Subasta Inversa se requerirá necesariamente la existencia de al menos dos ofertas válidas, de lo contrario el proceso se declarará nulo.

- **El Convenio Marco de Precios** se utiliza cuando por las características del bien o servicio, hubiera necesidad de efectuar contrataciones frecuentes; cuando fuera más conveniente el suministro periódico de bienes con entregas parciales; cuando fuera conveniente la adquisición de bienes o la contratación de servicios para atender a más de una entidad; y cuando por naturaleza del objeto no fuera posible definir previamente o cuantificar la demanda de la administración. Este proceso es ventajoso porque es rápido, y maneja un catálogo de precios ya existente.

Como se ha señalado, la nueva normativa peruana es similar a nuestra normativa vigente, en algunos aspectos así como en la modalidad de la Subasta Inversa, pese a que en su ejecución tiene distinciones diferenciadoras que analizaremos posteriormente.

Una vez analizada la normativa peruana vigente, conforme el presente análisis corresponde analizar a la Subasta, dentro de la normativa y doctrina argentina, caracterizada como ícono a seguir en nuestra región, principalmente en el derecho administrativo y en contratación pública, por sus reconocidos juristas y profesionales del derecho.

En el ámbito jurídico argentino, existen muchos tratadistas respecto al derecho administrativo, y en especial, dentro de la contratación pública, pero al tratarse de un análisis principalmente en lo que corresponde a la normativa

vigente, he seleccionado la doctrina jurídica, del jurista Alberto Biglieri¹³⁴, que señala las modalidades de contratación, según la normativa vigente argentina, y establece como formas de contratación en la administración pública argentina, a la licitación pública como regla general y las excepciones, la licitación privada, la contratación directa, el concurso de antecedentes, la subasta o remate público, la selección por negociación y la selección por iniciativa privada, entendiendo a tales como:

a) Licitación pública: es el procedimiento de selección del contratante particular por el cual la administración invita en forma general, a efectuar propuestas sobre un determinado objeto y condiciones a fin de seleccionar la oferta más conveniente para celebrar el contrato. Los interesados sujetos a la base de un pliego de condiciones, formulan propuestas de las que se seleccionará y aceptará la más ventajosa.

Regulación: como procedimiento, está regulado en la ley de obras públicas, el régimen de contrataciones de la Administración nacional y el decreto 1023/01.

Clases: Licitación pública Nacional: se publican avisos por 2 días en el Boletín Oficial, con una antelación de 20 días hábiles a la fecha de apertura. Será Nacional cuando se convoque a oferentes nacionales, es decir que tienen el domicilio o sede principal de sus negocios en el país o sucursales en el país.

Licitación pública internacional: se publican avisos en otros países con una antelación no menor de 40 días a la fecha de la apertura, se

¹³⁴Cfr. Alberto Biglieri, *Derecho Administrativo I, Unidad 13, Formas de Contratación de la Administración Pública*, <http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-administrativo-i/dr-alberto-biglieri/unidad-xiii> (02-06-2010)

computa el plazo desde la última publicación y puede utilizarse diarios de amplia circulación, radio y televisión. Será internacional cuando la convocatoria está dirigida por las características del objeto o la complejidad de la prestación a oferentes extranjeros, es decir que no tienen sucursales debidamente registradas en el país y la sede principal de sus negocios se encuentra en el exterior.

Utilización: Se utiliza para los siguientes contratos:

- Suministro.
- Obras públicas.
- Concesión de obras públicas

b) Licitación privada: tiene lugar cuando los participantes son sólo aquellos que la Administración determina e invita en forma personal. Constituye un proceso de excepción. También se la llama licitación restringida o concurso limitado. Si la licitación privada fracasa por ofertas inadmisibles o es desierta por incomparecencia de los oferentes convocados, se debe recurrir a una contratación directa.

Procedimiento en la licitación privada: por medio fehaciente y con al menos 7 días de anticipación a la fecha de apertura de ofertas, se debe invitar a por lo menos 5 empresas que sean los principales productores, fabricantes o prestadores, ó a proveedores habituales del organismo y a las asociaciones que agrupan a los prestadores. Los anuncios se publican en el Boletín oficial por 2 días y con 4 días de antelación a la apertura de ofertas. El monto no podrá superar \$300.000 según lo establecido por el decreto 436/00, se prescinde de la publicidad.

Trámite simplificado: cuando el monto de la contratación fuera inferior a \$10.000, las invitaciones pueden hacerse por cualquier medio, las ofertas se pueden presentar por correo electrónico y serán agregadas al expediente según el orden de recepción y se puede prescindir del acta de apertura. En los demás casos se debe invitar por lo menos a 3 proveedores habituales, prestadores o productores del rubro, con una antelación de 5 días y en forma simultánea. Cuando el monto fuera entre \$10.000 y \$75.000, las invitaciones pueden hacerse mediante publicaciones por 1 día en el Boletín Oficial.

c) Contratación directa: es un procedimiento excepcional en el que la Administración elige y contrata con el particular sin sujetarse a un procedimiento de competencia de antecedentes y precios. Siempre que la ley autoriza esta forma puede usarse la licitación privada, pero cuando autoriza la licitación privada no puede utilizarse la contratación directa. El procedimiento es excepcional porque debe encontrarse una previsión legal que permita su empleo. La situación de urgencia debe ser, probada, concreta, inmediata e imprevista. Para que la urgencia sea probada se requiere de estudios técnicos objetivos, previos y serios que la califiquen como cierta. Otra causal de contratación directa prevista son los trabajos adicionales, pero sólo para los contratos de obras públicas y el importe de los mismos no puede superar el 20% de su monto total. Se deben enviar invitaciones a un número de 3 proveedores habituales, productores o prestadores, con una antelación de 5 días y en forma simultánea.

d) Concurso de antecedentes: es el procedimiento utilizado habitualmente para las contrataciones de personas para el empleo público. Consiste en un medio de selección del co-contratante que tiene en cuenta las condiciones personales del candidato se realiza por oposición entre los candidatos en razón de la mayor capacidad técnica, científica o cultural que tuvieren, es el medio de selección de la persona más idónea. La selección del candidato es igual a la adjudicación en la licitación. Este procedimiento es viable en los contratos de obra pública, concesión de servicio público y empleo público. La ley de obras públicas lo habilita para seleccionar proyectos de obra pública y en los servicios públicos se utiliza en los supuestos en que se requiera una determinada especialidad o capacidad. Es el procedimiento más idóneo para seleccionar empleados públicos. El concurso puede ser público ó privado y de etapa única o múltiple y también nacional e internacional, se aplica lo mismo que en la licitación pública.

e) Subasta o remate público: tratándose de un procedimiento de contratación habitualmente utilizado en el ámbito privado también es utilizado por la Administración. Se emplea para la compra de bienes muebles, inmuebles o semovientes, tanto en el país como en el exterior, incluyendo obras de arte o de interés histórico. Es el procedimiento previsto además para la venta de bienes del Estado. Consiste en la compra y venta de bienes en público, sin límite de concurrencia y al mejor postor. La adjudicación se hace en el mismo acto y en público. En cuanto a la publicidad se publica un aviso por 1

día en el Boletín Oficial y en la página de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones de la Subsecretaría de Presupuesto de Hacienda, con una antelación de 10 días a la fecha de la subasta. La venta debe ser autorizada por el órgano competente. Los postores que concurren al remate no deben estar inscriptos en el registro de proveedores del Estado, en las provincias, varias constituciones prevén este procedimiento para la enajenación de bienes municipales. La subasta pública puede aplicarse en los siguientes casos:

- Venta de bienes de propiedad del Estado.
- Compra de bienes muebles, inmuebles y semovientes.

f) Selección por negociación: se encuentra prevista en los casos en que es viable la contratación directa pero no es posible configurar detalladamente pliegos de condiciones para otro tipo de selección.

g) Selección por iniciativa privada: tiene lugar cuando una persona haya presentado una iniciativa de obra o servicio público.

Como hemos señalado basados en la doctrina de Biglieri, la normativa argentina únicamente tiene siete procedimientos de contratación, algunos similares a nuestra legislación; sin embargo, la subasta inversa aún no es utilizada de la manera que la establece nuestra legislación, pero para determinar más aún su alcance, estableceré los artículos pertinentes a la Subasta, dentro de la normativa argentina.

Dentro del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, normativa argentina aplicable y promulgada mediante Decreto 1023/2001, tenemos los siguientes artículos referentes a la Subasta:

“Art. 21. — CONTRATACIONES EN FORMATO DIGITAL Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5° del presente.

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente.

Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la Ley N° 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa.

Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.”

“Art. 23. — ORGANIZACION DEL SISTEMA. El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán:

a) El Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen; y

b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el artículo 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.”

“Art. 24. — SELECCION DEL COCONTRATANTE. La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el artículo 4° de este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, por aplicación del inciso a) apartados 1 y 2 del artículo 25.

La selección del cocontratante mediante subasta pública, licitación o concursos abreviados, o contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los incisos b), c) y d) del artículo 25, respectivamente.

Las contrataciones podrán realizarse con modalidades, conforme con su naturaleza y objeto, las que serán establecidas en la reglamentación.

En todos los casos deberán cumplirse, en lo pertinente, las formalidades establecidas por el artículo 11 del presente régimen, bajo pena de nulidad.”

“Art. 25. — PROCEDIMIENTOS DE SELECCION. Los procedimientos de selección serán:

a) LICITACION O CONCURSO PUBLICOS. La licitación o el concurso serán públicos cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse y será aplicable cuando el monto estimado de la contratación supere el mínimo que a tal efecto determine la reglamentación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que exijan los pliegos.

1. El procedimiento de licitación pública se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos.

2. El procedimiento de concurso público se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda.

b) SUBASTA PUBLICA. Este procedimiento podrá ser aplicado en los siguientes casos:

1. Compra de bienes muebles, inmuebles, semovientes, incluyendo dentro de los primeros los objetos de arte o de interés histórico, tanto en el país como en el exterior. Este procedimiento será aplicado preferentemente al de contratación directa previsto por el apartado 2. del inciso d) de este artículo, en los casos en que la subasta fuere viable, en las condiciones que fije la reglamentación.

2. Venta de bienes de propiedad del Estado Nacional.

c) LICITACION O CONCURSO ABREVIADOS. La licitación o el concurso serán abreviados cuando el llamado a participar esté dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en la base de datos que diseñará, implementará y administrará el Órgano Rector, conforme lo determine la reglamentación, y serán aplicables cuando el monto estimado de la contratación no supere al que aquélla fije al efecto. También serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.

d) CONTRATACION DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:

1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación.

2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.

3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

4. Cuando una licitación haya resultado desierta o fracasada y se efectuare un nuevo llamado, deberán modificarse los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si esta licitación también resultare desierta o fracasare, podrá realizarse la contratación directa, utilizando el Pliego de Bases y Condiciones Particulares del segundo llamado.

5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

8. Las contrataciones entre reparticiones públicas o en las que tenga participación mayoritaria el ESTADO NACIONAL. En estos casos quedará prohibida la subcontratación del objeto.

En las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.”

Adicionalmente, en la normativa argentina existe el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, promulgado con Decreto 1818/2006, establece el “trámite simplificado”, en el cual las contrataciones realizadas por las entidades públicas, deberán realizar las mismas a través del Sistema Electrónico habilitado por la Oficina Nacional de Contrataciones de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros correspondiente (portal www.argentinacompra.gov.ar). Este trámite simplificado principalmente consta de lo siguiente:

1. Afectación preventiva / compromiso.
2. Confección del pliego
3. Creación de la convocatoria
4. Creación de la lista de invitados
5. Autorización del procedimiento
6. Apertura
7. Opinión de la unidad operadora y de la unidad requirente
8. Aprobación del procedimiento – adjudicación
9. Notificación del acto de adjudicación
10. Notificación de la orden de compra
11. Difusión en internet

3.2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Una vez que hemos analizado las normativas argentina y peruana corresponde en el presente estudio determinar las similitudes y diferencias, con nuestra legislación.

Como hemos señalado, si bien la normativa y doctrina jurídica argentina, en derecho administrativo y en especial en contratación pública, es un ícono muy respetable y modelo a seguir por diversas legislaciones, inclusive por la nuestra, ya que existe algunas similitudes en ambas normativas, en el caso de la Subasta Inversa, existen mayormente diferencias, ya que no es muy aplicable la comparación, porque si bien la normativa argentina establece como procedimiento de contratación a la subasta o remate público; este se aplica únicamente para la compra de bienes muebles, inmuebles o semovientes, tanto en el país como en el exterior, incluyendo obras de arte o de interés histórico. Así como, para la venta de bienes del Estado. Y consiste en la compra y venta de bienes en público, sin límite de concurrencia y al mejor postor, la adjudicación se hace en el mismo acto y en público. En cuanto a la publicidad se publica un aviso por 1 día en el Boletín Oficial y en la página de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones.

Tanto es la diferencia, que en nuestro país, pese a ser un procedimiento residual, en la actualidad es el más utilizado, mientras que en Argentina desde el año 2004 hasta el año 2009, únicamente se han realizado a través de subasta cinco procesos¹³⁵, y en algunos años inclusive ninguno. Ratificando así su normativa que establece a la licitación como procedimiento regla en el cual

¹³⁵Montos de ordenes de compra por tipo de contratación desde el año 2004 hasta el año 2009, https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/estadisticas_new.html (20-06-2010)

se han realizado a través de licitación pública un total de 29.826 contrataciones y de 46.981 procesos bajo la modalidad de licitación privada¹³⁶, existiendo una gran diferencia.

Por estas razones, y una vez hecho el análisis correspondiente no considero tan procedente diferenciar aún más entre ambas legislaciones.

Aunque vale recalcar como similitudes de ambas normativas, que en los dos casos el procedimiento debe ser publicado y difundido a través del portal estatal correspondiente y en ambas legislaciones existe un Organismo Rector de Contratación, el cual establece los procedimientos y pautas a seguir en cada uno de los procesos. Adicionalmente vale resaltar que el proceso de licitación contemplado en nuestra legislación es tomado de la legislación argentina, sin embargo, el proceso de Subasta Inversa sujeto de este análisis no es muy aplicado en Argentina.

Esto a diferencia de la legislación peruana que es mucho más similar con la nuestra, tanto en el tiempo de origen, promulgación y publicación, así como en el procedimiento, aunque en la realidad no son iguales.

En cuanto a las **similitudes** de ambas normativas, tenemos principalmente a las siguientes:

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana fue publicada el 4 de agosto de 2008, y la Ley de Contrataciones del Estado, en el Perú, fue promulgada el 4 de junio de 2008.
- En ambas legislaciones se implementó la modalidad de Subasta Inversa, con anticipación a las mencionadas leyes, sin embargo, fue con estas

¹³⁶Id. ibíd.

últimas normativas que se implementó verdaderamente el procedimiento de Subasta Inversa.

- En ambas legislaciones, para la incorporación de la modalidad de Subasta Inversa, no bastó con la promulgación de la ley, sino que se amplió su regulación con su Reglamento General y demás normativa expedida por el organismo rector de las contrataciones.
- En el caso ecuatoriano existe un organismo rector llamado Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP-, al igual que en el caso peruano que el organismo se llama Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado –OSCE-, ambos creados con la nueva normativa.
- Si bien en ambas legislaciones se implementó la modalidad de Subasta Inversa, en los dos casos, fue a inicios el siguiente año (2009), que se comenzó a implementar oficialmente, en nuestro caso abril de 2009 y en el peruano febrero 2009.
- En ambas legislaciones si bien existe la modalidad de Subasta Inversa, también existen otros procedimientos de contratación, principalmente la licitación.
- Ambas legislaciones establecen similares figuras jurídicas previo a la contratación a través de la modalidad de Subasta Inversa, como los principios rectores, expedientes de contratación, plan anual de contratación, registro de proveedores, requisitos comunes, inhabilidades, cuerpo colegiado encargado, responsabilidades, formulación de pliegos, parámetros de evaluación, validez de las ofertas, procedimientos

desiertos, cancelación del procedimiento, de los contratos, las garantías, plazos, terminación de los contratos, recepciones, reclamos, etc.

- En ambas legislaciones existe la posibilidad de realizar el procedimiento a través de Subasta Inversa electrónica o presencial.
- En el Perú, la Subasta Inversa es una modalidad de contratación cuando no se puede celebrar un convenio marco (catálogo), al igual que en nuestra legislación que cuando no existen los bienes o servicios catalogados por el INCOP a través de la celebración de convenios marcos procede residualmente este procedimiento.
- En caso peruano los bienes y servicios deben ser comunes; y, en el caso ecuatoriano deben ser normalizados; es decir, que los bienes y servicios deben ser estandarizados, como consecuencia de un proceso de homogenización.
- En ambas legislaciones se entiende al mejor postor a aquel que cumpliendo con lo exigido oferte el menor precio.
- En el Perú al igual que en el Ecuador, la Subasta Inversa Presencial se realiza en acto público y propuestas escritas, mientras que la Subasta Inversa Electrónica se realiza a través del portal electrónico gubernamental.
- En ambas normativas se considera a la Subasta Inversa como un procedimiento residual, el general es el catálogo.
- En ambos casos si se declarare desierto el procedimiento de Subasta Inversa, se podrá emplear otro procedimiento.

- En los dos casos el procedimiento lo llevará a cabo un cuerpo colegiado, en el caso ecuatoriano “La Comisión Técnica”, y en el peruano el “Comité Especial”.
- En ambos casos, previo a su convocatoria se establece el calendario de la totalidad del proceso.

Respecto de las **diferencias** entre ambas legislaciones tenemos las siguientes:

- Si bien los procedimientos son similares no son iguales, en la normativa ecuatoriana los bienes y servicios deben ser normalizados, estandarizados y homogenizados por cada entidad contratante, mientras que en la normativa peruana es el organismo rector quien emite un listado de los bienes comunes que pueden ser estandarizados y homogenizados, es decir, existe menor discrecionalidad, y este punto fue muy conflictivo en nuestra legislación.
- En el Perú ese listado esta a cargo de OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales), para lo cual deberá realizar las fichas técnicas correspondientes.
- En la legislación peruana existe una diferenciación entre los procedimientos de contratación y las modalidades de contratación, dentro de las modalidades se encuentra el catálogo y la Subasta Inversa; mientras que en la legislación ecuatoriana la Subasta Inversa se encuentra dentro de los procedimientos dinámicos de contratación.
- En este sentido en el Perú puede darse un procedimiento licitatorio, concurso público o menor cuantía, bajo la modalidad de Subasta

Inversa; a diferencia de que en nuestro país son completamente distintos, unos son los procedimientos dinámicos y otros los comunes.

- Una ventaja de nuestra legislación es que cada una de las ofertas presentadas deben ser calificadas previamente, mientras que en el Perú existe la presunción legal de que las ofertas cumplen con las características y condiciones establecidas, lo cual en la ejecución puede ocasionar algunos inconvenientes.
- En Ecuador la modalidad de Subasta Inversa tiene una diferenciación de acuerdo con los montos para que su ejecución sea llevada a cabo a través de un cuerpo colegiado, Comisión Técnica; en la legislación peruana no existe tal diferenciación.
- En la normativa peruana si en la Subasta Inversa no existiere por lo menos dos ofertas presentadas el procedimiento es declarado desierto, mientras que en nuestra normativa, en un inicio fue planteado algo muy similar, pero en la actualidad si se presentare una sola oferta o una sola fuere calificada se procederá con una etapa adicional de negociación.
- En la legislación ecuatoriana a diferencia de la peruana, se establece un porcentaje de variación mínimo en la puja, para obtener la oferta económica más conveniente.

Hasta aquí el presente estudio; ha sido muy fructífero el análisis de la Subasta Inversa como procedimiento de contratación pública, desde su origen, definiciones, clases, características, hasta su confrontación con diferentes procedimientos, para finalizar con su comparación con otras legislaciones.

CONCLUSIONES

Basado en el presente estudio y una vez analizada la modalidad de contratación de la Subasta Inversa, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a) La Subasta Inversa es una modalidad de contratación pública reconocida legal y doctrinariamente, enmarcada dentro del Derecho Administrativo, y este a su vez, dentro del Derecho Público.
- b) Los procedimientos de contratación, al igual que el derecho en general, a lo largo de los años han tenido que adaptarse a las nuevas exigencias y nuevas relaciones de la sociedad. Siempre en busca de satisfacer las necesidades de la sociedad y con miras a obtener el interés público.
- c) Siempre los procedimientos de contratación, incluso la Subasta Inversa, al tratarse de derecho público debe cumplir las solemnidades o formalidades establecidas en la normativa aplicable.
- d) La Subasta es una figura tan antigua como el derecho mismo, tuvo sus orígenes en el imperio romano, pero en su transcurso han existido un sinnúmero de tipos, entre los cuales podemos destacar: la subasta en sobre cerrado, subasta dinámica, subasta inglesa, subasta holandesa, subasta a la baja, subasta japonesa, subasta abierta, entre otras.
- e) En la actualidad, la Subasta Inversa es un procedimiento precontractual, doctrinario y legal, establecido por la contratación pública, para la adquisición de bienes o prestación de servicios, a favor del Estado o instituciones públicas, con la finalidad de satisfacer el interés público.
- f) Con la promulgación y publicación de la nueva normativa nacional, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se buscó unificar, a través de un sistema, los procedimientos de contratación pública y acoplarse a las tendencias regionales. Con esta normativa se implementó la Subasta Inversa en nuestra legislación y en la actualidad es el procedimiento más utilizado.
- g) La Subasta Inversa, como procedimiento de contratación pública, en nuestra legislación apareció en el Decreto Ejecutivo No. 1091, de 18 de mayo de 2008, el cual tuvo una duración muy corta, exclusivamente hasta la expedición de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y se constituyó en un “puente” para llegar a este nuevo procedimiento de contratación.
- h) La Subasta Inversa no es un procedimiento nuevo para la doctrina, vale recalcar que el remate de bienes (subasta) existía en nuestra legislación,

pero no para la adquisición de bienes y prestación de servicios, sino únicamente el judicial y el de bienes que superaron su vida útil.

- i) La Subasta Inversa como la licitación son procedimientos de contratación mundialmente reconocidos, principalmente en los países de nuestra región y de descendencia del derecho romano, como Brasil, Colombia, España, Perú, Argentina, Panamá, Venezuela.
- j) Los países de la región cuentan con marcos institucionales y normativos en contratación pública similares, modernos y como resultado de procesos de modernización tienen una tendencia a la utilización masiva de medios electrónicos para la realización de sus procesos.
- k) Ecuador es uno de los países pioneros en la región que consagra a las compras públicas de forma explícita en su marco normativo desde la Constitución de la República.
- l) Este procedimiento es exclusivo para adquisición de bienes y servicios, dejando a un lado la ejecución de obras, por ser estas un procedimiento mixto y que no siempre importa únicamente la parte económica, como también es el caso de las consultorías.
- m) La característica principal de la Subasta Inversa es que se adjudica al mejor postor, tomando en consideración que la mejor oferta es la que cumpliendo con lo requerido (condiciones, pliegos y/o características mínimas), exclusivamente en el precio, oferta el más bajo dentro de un período de tiempo determinado previamente.
- n) Este procedimiento en nuestra legislación tiene el carácter de residual o restringido. Es decir, que únicamente se lo realiza cuando no se pueda ejecutar el procedimiento principal, antes la licitación, ahora el catálogo; sin embargo de lo anotado, en la actualidad es el procedimiento más utilizado y el mayormente aceptado tanto por las instituciones públicas como por parte de los proveedores, así como el principalmente difundido.
- o) El Instituto Nacional de Contratación Pública, Organismo Rector de la Contratación Pública en el Ecuador, señala que durante el período 2008-2009, dos años iniciales de la nueva legislación, se realizaron 13.347 subasta inversas a través del Portal de Compras Públicas, mientras que el siguiente procedimiento más utilizado fue el de menor cuantía con 10.952; y, los procedimientos que debían ser utilizados de forma general como la Licitación, exclusivamente se hicieron 619 procesos a través del Portal y de Catálogo Electrónico únicamente 898, tomando en consideración que existen más de 6.128 entidades públicas habilitadas y que tienen que obligatoriamente realizar estos procedimientos. Adicionalmente conforme consta del informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP- realizado conjuntamente por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP – y Banco Interamericano de Desarrollo –BID-, en el año 2011, dentro de los procesos realizados con relación a su monto, del total de adquisiciones de “mayo de 2009 a mayo

2010, corresponden al 40% las contrataciones realizadas mediante licitación, 33% corresponden a subasta inversa electrónica, 10% mediante cotización, 6% son menor cuantía de obras, 3% mediante catálogo electrónico, 1,4% mediante concurso público y 1,2% procesos de lista corta. En cuanto al año 2011, según información del mismo INCOP, se realizaron a través del Portal de Compras Públicas 28.670 subastas inversas electrónicas, por un monto total de USD \$ 1.367'494.570,85, mientras que procesos de licitación fueron 570, con un monto total de USD \$ 2.054'792.244,12; y, de catálogo electrónico un total de 24.156 procesos con un monto total de USD \$ 198'148.654,66.

- p) En la normativa nacional se establece todas las formalidades de la Subasta Inversa y la define como el procedimiento de contratación pública dinámico y precontractual “para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de Compras Públicas. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal de Compras Públicas para que se realicen las auditorias correspondientes.
- q) Además se requiere que los bienes o servicios a contratar se normalicen, estandaricen, homologuen, cataloguen o unifiquen las especificaciones técnicas, claro esta, con criterios técnicos, con normativa o reglamentación nacional o internacional aplicable; a fin de evitar subjetividades y que los posibles oferentes puedan participar en igualdad de condiciones, está situación ha sido una de las de mayor complejidad, en la aplicabilidad de esta Ley, ya que desde un inicio no estuvieron bien determinadas estas condiciones y reglas, partiendo de que los conceptos no eran claros ya que se trataba de un procedimiento residual, posteriormente con la reforma del Reglamento General a la Ley de Contratación Pública, la publicación de los modelos obligatorios y directrices del Instituto Nacional de Contratación Pública, se ha ido unificando el criterio al respecto, pero aún no se ha encontrado una determinación clara y expresa respecto al tema.
- r) La etapa más novedosa de este procedimiento, es la Etapa de Puja, en la cual únicamente los proveedores calificados pueden participar. En esta etapa es cuando los proveedores calificados ingresan su oferta económica inicial y durante el tiempo establecido ofertan su precio hacia la baja tantas veces consideren necesario, con una variación determinada, a fin de mejorar su precio con relación de los otros oferentes.
- s) Existen muchos tipos o modalidades de contratación pública, dependiendo de cada legislación y conforme a la doctrina aplicable para cada caso, uno de estos procedimientos, muy novedoso e incorporado también en nuestra legislación es la modalidad de catálogo electrónico.
- t) El Catálogo Electrónico es el procedimiento regla para nuestra legislación, siempre que los bienes y/o servicios sean normalizados; y, solo

residualmente se debe emplear el procedimiento de Subasta Inversa. Este procedimiento es muy novedoso, ya que es la modalidad más adaptada y acoplada a la tecnología actual, lastimosamente en nuestro país, hasta el momento no ha cumplido esta expectativa. Actualmente, existen algunos bienes catalogados en el Portal de Compras Públicas, por lo que se esperaría una mayor aplicación de estos procedimientos, en este año, se encuentran catalogados los vehículos, suministros de oficina, útiles de limpieza, equipos de computación, equipos de impresión, audífonos y confección de prendas de vestir. Este procedimiento es utilizado para la adquisición de bienes y servicios, que se encuentra a la venta o transacción que han sido previamente seleccionados, a través de una lista ordenada y clasificada a través de medios electrónicos, en nuestro caso, a disposición mediante el Portal de Compras Públicas. Sus primeros orígenes en nuestra región fueron en la legislación chilena.

- u) El procedimiento de catálogo tiene características similares a la Subasta Inversa, principalmente en la aplicación de medios electrónicos y tecnología para su ejecución; pero así mismo, también existen diferencias entre estos procedimientos de contratación, principalmente en que sería muy conveniente la aplicación del catálogo electrónico de la manera contemplada en nuestra normativa, que lo establece como procedimiento regla a diferencia de la Subasta Inversa que lo contempla como procedimiento residual o supletorio de contratación para los casos en que no se pueda realizar el catálogo, ya que esto ocasionaría ahorros para las entidades públicas, principalmente en lo económico y en el tiempo de ejecución.
- v) A más de la Subasta Inversa existen otros procedimientos de contratación, entre los cuales se encuentra la licitación, procedimiento regla de contratación pública en la mayoría de legislaciones de nuestra región, e inclusive procedimiento existente tanto en nuestra legislación anterior como en la actual.
- w) Alguna parte de la doctrina señala a la licitación y a la subasta inversa como procedimientos de contratación similares, y muchas veces los confunden en uno solo con sus debidas particularidades.
- x) La licitación es un procedimiento de contratación pública, mediante el cual el Estado o sus entidades públicas en ejercicio de la función administrativa contratan bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, con la formalidad establecida en la norma, con una convocatoria pública previa a todas las personas naturales, jurídicas, públicas, privadas, nacionales, extranjeras, o asociaciones de estas, que reúnan las condiciones establecidas en los pliegos (bases o documentos precontractuales), permitiendo la participación en igualdad de condiciones, a fin de seleccionar la oferta más conveniente a sus intereses. Tiene semejanzas y diferencias con la Subasta Inversa, en cuanto al procedimiento formal son muy similares aunque nuestra legislación los distingue en algunos puntos.

- y) Como hemos señalado existen países de esta región con similitudes con nuestra legislación, como es el caso de la normativa peruana y argentina, en los casos de Subasta Inversa y licitación, respectivamente.
- z) En el Perú se adoptó un proceso de implementación y actualización de la normativa en contratación pública muy similar a la nuestra, inclusive porque sus reformas fueron muy cercanas en el tiempo como en la regulación de los procedimientos de contratación. Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco.
- aa) La Subasta inversa es una técnica moderna de compras, adoptada por la legislación peruana como una modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Existen dos formas de ejecución de subasta inversa: la presencial y la electrónica. La Presencial se realiza en acto público y la Electrónica a través del portal del SEACE.
- bb) En el ámbito jurídico argentino, existen muchos tratadistas respecto al derecho administrativo, y en especial, dentro de la contratación pública, dentro de sus formas de contratación en la administración pública argentina, se encuentran los procedimientos de licitación pública como regla general y las excepciones, la licitación privada, la contratación directa, el concurso de antecedentes, la subasta o remate público, la selección por negociación y la selección por iniciativa privada.
- cc) La legislación argentina si bien considera a la Subasta como un procedimiento de contratación, es diferente al planteado por nuestra legislación para la contratación pública, ya que se emplea para la compra de bienes muebles, inmuebles o semovientes, tanto en el país como en el exterior, incluyendo obras de arte o de interés histórico. Es el procedimiento previsto además para la venta de bienes del Estado. Consiste en la compra y venta de bienes en público, sin límite de concurrencia y al mejor postor.
- dd) Como se ha señalado en el presente estudio la normativa peruana en cuanto a la modalidad de Subasta Inversa es similar a la nuestra mientras que la argentina es el modelo a seguir por nuestra legislación, pero en lo referente a la licitación, en cuanto a la Subasta Inversa no son muy similares.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINARIA

- Asencios Espinoza, Yenny, y otros, *Sistemas de Abastecimiento y la Ley de Contrataciones de Estado*, Monografía, Universidad Católica Sedes Sapientiae, Escuela Mayor de Gestión Municipal, Diplomado Gestión Administrativa Moderna, Lima, 2009.
- Baldeón, Inés María, *La Subasta Inversa en la Contratación Pública, Análisis del Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008*, Quito, 2008.
- Banco Mundial, *Metodología para la Evaluación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones Públicas*, Sobre la Base de los Indicadores del Grupo de Trabajo del Banco Mundial – OCDE/CAD, Versión 4, 2007.
- Beláustegui, Victoria, *Las Compras Públicas sustentables en América Latina, Estado de avance y elementos clave para su Desarrollo*, Red Interamericana de Compras Gubernamentales Programa ICT4GP/ Documento de Trabajo No. 3, OEA, BID, IDRC – CRDI, Canadian International Development Agency, Ottawa, Universidad Nacional de San Martín, 2011.
- Benavides, José Luis y Santofimio, Jaime Orlando, *Contratación Estatal*, Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Edición 1998, Buenos Aires.
- Campillo, Carlos Enrique, *Celebración y Ejecución de Contratos Estatales*, Segunda Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2006.
- Círculo de Lectores, *Diccionario Estudiantil Círculo*, Edición Especial, Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, 2009.
- Driskill S. A., *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XIX, MAND-MUSE, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1984.
- Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 12 Edición, 2009.
- Dromi, Roberto, *La Licitación Pública*, 4ta. Edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2010.

- Ediciones Legales, *Guía Práctica del Régimen de Contratos Públicos*, Tomo I, Quito, Editorial Impresores MYL Ediciones Legales EDLE S. A., 2009.
- Escola, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Volumen II, Buenos Aires, Editorial Depalma, Buenos Aires, Edición 1990.
- Espasa Siglo XXI, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 1999.
- Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2009*, INCOP, 2010.
- Instituto Nacional de Contratación Pública, *Informe Anual 2011*, INCOP, 2012.
- Instituto Nacional de Contratación Pública y Banco Interamericano de Desarrollo, *Informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador – SNCP-*, Metodología OCDE-CAD, Quito, 2011.
- López, Nelson y Rivas, Libia, *Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*, Tercera Edición, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Mora, Carlos, *Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento*, 2da. Edición, Quito, Colegio de Ingenieros Civiles de Pichincha, 2010.
- Moreno, José Antonio, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un Estudio comparado con el derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Bellido Ediciones EIRL, Lima, 2007.
- Organización TI LAC – Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe, *Mapa de Riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador*, Ciudadanía – Ley – Desarrollo Sostenible, Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes, 2002.
- Ossorio y Florit, Manuel; y, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Diccionario de Derecho*, Tomo 2, J-Z, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2007.
- Planeta, *Nueva Enciclopedia Planeta*, Volumen Quinto, Barcelona, Editorial Planeta, 1987.
- Pérez, Antonio José; López, Daniel; y, Aguilar, José Luis, *Manual de Contratación Pública*, Primera Edición, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2011.
- Vaca, Cristóbal, *Fundamentos de la Contratación Pública*, Quito, 2009.

NORMATIVA

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Codificación a la Ley de Contratación Pública (derogado).
- Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Resolución No. 020-2009 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
- Resolución No. 022-2009 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
- Modelo de Pliegos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
- Modelos obligatorios de pliegos, modalidad de Subasta Inversa Electrónica, publicado por el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP-, en el Portal de Compras Públicas, numeral 4.6, última actualización con Resolución No. 044-2010, de 15 de junio de 2010.
- Reglamento de Contrataciones para la Adquisición de Bienes y la Prestación de Servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya Cuantía sea Inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico de las entidades que conforman la administración pública central y la administración pública institucional. (derogado).
- Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional argentina, Decreto 1023/2001.
- Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional argentino, Decreto 1818/2006.
- Ley de Contrataciones del Estado peruano (Aprobado mediante D. L. No. 1017)
- Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado peruano (aprobado mediante D. S. No. 184-2008-ef).

INTERNET

- Aplicaciones de técnicas de IO al comercio electrónico, en http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electr%C3%B3nica (02-01-2010).

- Biglieri, Alberto, *Derecho Administrativo I, Unidad 13, Formas de Contratación de la Administración Pública*, <http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-administrativo-i/dr-alberto-biglieri/unidad-xiii> (02-06-2010)
- Catálogo Electrónico, www.compraspublicas.gov.ec, (20-06-2010).
- La Historia de la Subasta, en <http://www.asinorum.com/historia-de-la-subasta/727/> (30-05-2010).
- Montos de ordenes de compra por tipo de contratación desde el año 2004 hasta el año 2009, (Argentina Compra), https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/estadisticas_new.html (20-06-2010).
- Neira, Gonzalo, Nuevo procedimiento administrativo de compras públicas en Chile, XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Guatemala, 7 - 10 Nov. 2006, p.1, www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/.../neiranov.pdf, (22-06-2010).
- Organización de los Estados Americanos (OAS), Departamento de Cooperación Jurídica, "Normas relacionadas con los sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado", pp. 1-25, www.oas.org/juridico/spanish/mesicic legis II ronda 2. (24-02-2010).
- Pando Vilchez, Jorge, *Opiniones, reflexiones o ideas sobre derecho administrativo y constitucional*, en <http://blog.pucp.edu.pe> (28-01-09)
- Subasta, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta> (26-09-2009).
- Subasta Electrónica, en http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electr%C3%B3nica (30-10-2009).
- Tovar, Edwin, *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano*, <http://www.monografias.com/trabajos74/ley-contrataciones-adquisiciones-estado-peruano/ley-contrataciones-adquisiciones-estado-peruano2.shtml#nuevaleyda> (02-03-2010)
- www.compraspublicas.gov.ec, (20-06-2010).
- www.compraspublicas.gob.ec, (03-01-2012).