

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

Escenarios de articulación entre el derecho privado y la contratación pública

Jorge Luis Carrión Benítez

Tutora: Inés María Baldeón Barriga

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Jorge Luis Carrión Benítez, autor de la tesis intitulada “Escenarios de articulación entre el derecho privado y la contratación pública”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

7 de mayo de 2019

Firma: _____

Resumen

El objetivo de esta investigación pretende evidenciar algunos de los posibles escenarios de articulación entre el derecho privado y la contratación pública, considerando que en la actualidad sus actores, sean estos servidores públicos, proveedores, entidades contratantes o terceros interesados, generalmente aplican solo lo que prevé la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general de aplicación, la codificaciones de resoluciones emitidas por el Sercop, y eventualmente alguna otra normativa de tercer orden que se encuentra dispersa en nuestro ordenamiento, y que puede referirse expresamente a aquellas normas.

No obstante, de la lectura del presente trabajo, se podrá evidenciar que la normativa antes indicada tiene directa relación con otras disposiciones que constan en otros cuerpos legales, aplicables tanto al sector público como al sector privado o a ambos indistintamente, pero que no suele considerarse por múltiples factores, pese a que existe la obligatoriedad de hacerlo en unos casos, o de observar tales disposiciones de forma supletoria en otros.

Existen normas que se vinculan con el SNCP y que no se encuentran recogidas o definidas en su articulado, debido a la especialidad que separa a cada rama, pero que deben vincularse en procura de mejorar los procedimientos de compras públicas en sus diferentes etapas o fases, lo que constituye una útil herramienta para combatir la corrupción en materia de contratación pública, en la que se invierte buena parte del presupuesto del Estado y las instituciones que conforman el sector público.

Palabras clave: derecho público, derecho privado, contratación pública, derecho administrativo, derecho civil, derecho societario, derecho de la competencia, derecho de propiedad intelectual, derecho de seguros.

A Dios, por sus promesas cumplidas,
A mi madre, por ser una bendición en mi vida,
A la memoria de mi padre y su eterno recuerdo,
A mi esposa, por su apoyo y ayuda incondicional,
A la familia González Gálvez, por darme un hogar,
A la memoria de mi maestro y amigo Dr. José Vicente Troya Jaramillo.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, prestigioso establecimiento que me ha acogido en varios de sus programas de posgrado.

A la doctora Eddy De la Guerra Zúñiga, docente del Área de Derecho, por sus enseñanzas y su orientación en la consecución de mi formación de posgrado.

A la doctora Inés María Baldeón Barriga, tutora en la realización de esta investigación, pero sobre todo por su amistad, ayuda y apoyo incondicional en procura de mi desarrollo profesional.

Tabla de contenidos

Introducción.....	17
Capítulo primero: La relación del derecho privado y el derecho público y su vinculación con las normas de contratación pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	19
1. División clásica entre derecho público y derecho privado	19
2. La contratación pública como parte del derecho administrativo y del derecho público	21
3. Marco legal en materia de contratación pública a partir del año 2008.....	24
4. Análisis sucinto de la normativa de contratación pública incorporada en otros cuerpos legales expedidos a partir del año 2008	28
4.1. Empresas públicas.....	28
4.2. Servicio público y servidores públicos	30
4.3. Planificación y finanzas públicas.....	32
4.4. Producción, comercio e inversiones	33
4.5. Economía popular y solidaria	34
4.6. Régimen monetario, financiero, bursátil y seguros	35
4.7. Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación.....	37
4.8. Régimen ambiental	39
4.9. Régimen jurídico-administrativo del sector público.....	41
5. La relación de la contratación pública con el derecho privado	42
Capítulo segundo: La articulación normativa de la contratación pública con el derecho privado ecuatoriano	47
1. Normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública y su relación con otras ramas del derecho privado.....	47
2. Ramas del derecho privado ecuatoriano vinculadas a la contratación pública....	48
2.1. Con el derecho civil	48
2.1.1. Interpretación de los contratos, remisión expresa y normas supletorias.....	49
2.1.2. La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado y la indemnización de daños y perjuicios	50
2.2. Con el derecho societario.....	53
2.2.1. Inhabilidades de las personas jurídicas mercantiles.....	53
2.2.2. El desvelamiento societario	56

2.3.	Con el derecho de la competencia	58
2.3.1.	Abuso del poder de mercado.....	60
2.3.2.	Acuerdos y prácticas restrictivas	61
2.3.3.	Acuerdos horizontales y acuerdos verticales	63
2.4.	Con el derecho de propiedad intelectual	66
2.4.1.	Derechos de autor y derechos patrimoniales	67
2.4.2.	Programas informáticos, patentes y marcas	68
2.5.	Con el derecho de seguros	70
2.5.1.	Formas y modalidades de garantías	70
2.5.2.	Ejecución de las pólizas de seguros de los contratos públicos	75
Capítulo tercero: Problemas jurídicos en relación a la falta de articulación del derecho privado con la contratación pública.....		77
1.	Análisis de los problemas jurídicos que se presentan entre la contratación pública y las ramas del derecho privado vinculadas a ella.....	77
2.	Análisis de casos reales relativos a la falta de articulación del derecho privado con la contratación pública.....	80
2.1.	Adquisición de bienes por parte del Ministerio de Salud Pública.....	80
2.2.	Contratación de servicios por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	85
2.3.	Contrataciones de servicios por parte de la Corporación Eléctrica del Ecuador .	89
3.	Consecuencias de la desarticulación de la contratación pública con el derecho privado	92
3.1.	Consecuencias en la etapa precontractual	92
3.2.	Consecuencias en la etapa de ejecución de los contratos	95
3.3.	Consecuencias en la etapa pos contractual	97
4.	Propuesta de solución	98
4.1.	Problemas jurídicos a corregir o resolver	102
Conclusiones.....		109
Bibliografía.....		113

Abreviaturas

Acuerdo Comercial Multipartes suscrito entre Ecuador y la Unión Europea	ACM
Agencia de Garantía de Depósitos	AGD
Banco Central del Ecuador	BCE
Código Orgánico Administrativo	COA
Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación	COESCCI - Código Ingenios
Código Orgánico General de Procesos	COGEP
Código Orgánico Integral Penal	COIP
Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones	COPCI
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización	COOTAD
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	COPFP
Código Orgánico del Ambiente	COAM
Código Orgánico Monetario y Financiero	COMF
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	Unctad ¹
Consejo Nacional Electoral	CNE
Contraloría General del Estado	CGE
Corporación Eléctrica del Ecuador	CELEC EP
Corporación Financiera Nacional	CFN
Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación	DGRCCIC
Economía popular y solidaria	EPS
Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva	Erjefe
Fiscalía General del Estado	FGE
Instituto de Economía Popular y Solidaria	IEPS
Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras	Proecuador

¹ Por sus siglas en inglés.

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	IESS
Instituto Nacional de Contratación Pública	INCOP
Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera	JPRMF
Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	LODC
Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario	LOEPS
Ley Orgánica de Empresas Públicas	LOEP
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado	LOCGE
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado	LOPGE
Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	LORCPM
Ley Orgánica del Servicio Público	LOSEP
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	LOSNCP
Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador	Código de la Democracia
Ministerio del Ambiente	MAE
Ministerio de Acuicultura y Pesca	MAP
Ministerio de Agricultura y Ganadería	MAG
Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones	MCEI
Ministerio de Economía y Finanzas	MEF
Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información	Mintel
Ministerio de Industrias y Productividad	MIPRO
Micro y pequeñas empresas	MYPES
Micro, pequeñas y medianas empresas	Mipymes
Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca	MPCEIP
Ministerio de Salud Pública	MSP
Plan Anual de Contratación	PAC
Procuraduría General del Estado	PGE
Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	RGLOSNC
Registro Único de Contribuyentes	RUC
Registro Único de Proveedores	RUP
Secretaría Técnica de Planificación "Planifica Ecuador"	Planifica Ecuador

Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación	Senescyt
Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión	SNTG
Servicio de Rentas Internas	SRI
Servicio Ecuatoriano de Normalización	INEN
Servicio Nacional de Aduana del Ecuador	SENAE
Servicio Nacional de Contratación Pública	Sercop
Servicio Nacional de Derechos Intelectuales	Senadi
Sistema Nacional de Contratación Pública	SNCP
Superintendencia de Control del Poder de Mercado	SCPM
Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros	SCVS
Tecnologías de la información y comunicación	TIC
Unidad de Trabajo de Parto y Recuperación	UTPR
Unidad de Análisis Financiero y Económico	UAFE
Valor Agregado Ecuatoriano	VAE
Valor Agregado Nacional	VAN

Introducción

A partir de la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, el Ecuador ha experimentado una paulatina e incesante renovación de leyes que formaban parte del derecho público, en otros casos se ha alimentado con la expedición de cuerpos legales que anteriormente no existían, y asimismo se han reformado parcialmente múltiples cuerpos legales, incluida normativa de derecho privado.

En materia de contratación pública se produjeron cambios sustanciales, tanto en la legislación como en la institucionalidad, porque se expidió una ley orgánica, que derogó a leyes ordinarias que regulaban los contratos públicos, y que se encontraban dispersas en buena parte del acervo legal ecuatoriano, así como también se expidió la correlativa normativa secundaria para la plena aplicación del denominado Sistema Nacional de Contratación Pública, así como la creación de un ente rector, actualmente conocemos como Servicio Nacional de Contratación Pública.

Una vez expedida y publicada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,² su reglamento general de aplicación³ y la normativa secundaria del Sercop, la praxis de la contratación pública se ha circunscrito a dicha normativa, dejando de lado la importante vinculación que tiene –o debería tener– esta rama específica del derecho administrativo con otras del derecho público y del derecho privado inclusive.

La situación anterior ha conllevado a una aplicación de la normativa de contratación pública que ha inobservado e inaplicado otras normas del ordenamiento jurídico que tienen plena validez y aplicabilidad dentro de su ámbito, y que desembocan en consecuencias como: responsabilidades de los servidores públicos, afectación a los recursos de las entidades contratantes, así como de intereses de terceros como proveedores del Estado, u otras personas naturales o jurídicas que tienen o pueden llegar a tener algún interés legítimo en la tramitación de las distintas etapas de los procedimientos de contratación pública.

² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, disposición final.

³ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009. En adelante también me referiré a este como RGLOSNC, o reglamento general de la LOSNC. Debo aclarar además que este reglamento reemplazó y derogó al emitido mediante decreto ejecutivo 1248 de 8 de agosto de 2008, publicado en el Registro Oficial Suplemento 399 de la misma fecha.

Estas ramas relegadas del ordenamiento jurídico son generalmente normas que forman parte del derecho privado, otras que tienen una connotación para el sector público y el sector privado, o inclusive del propio derecho público, escenarios estos que se analizan en este trabajo.

Capítulo primero

La relación del derecho privado y el derecho público y su vinculación con las normas de contratación pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1. División clásica entre derecho público y derecho privado

Iniciaremos la investigación analizando la clásica división entre el derecho público y el derecho privado, considerando que el derecho administrativo del cual forma parte la contratación pública, integra a aquel; y, por tal razón resulta imprescindible conocer la ubicación de esta última, para poder determinar los escenarios de articulación con el derecho privado.

El derecho público tradicionalmente es definido como un conjunto de normas que regulan la relación del Estado con los particulares y de aquel con sus pares; mientras que el derecho privado rige la correlación entre los individuos, en la que predominan los intereses particulares;⁴ pero dicha definición no basta, porque concierne profundizar en el vínculo que se produce como consecuencia de las normas imperativas que deben observar las entidades públicas recíprocamente, y a su vez las disposiciones aplicables a estas últimas en sus relaciones con los ciudadanos.

Para autores como Agustín Gordillo⁵ y Roberto Dromi,⁶ el derecho público es un derecho interno, adscrito a los Estados y a la fisonomía que adopten, e incluye varias ramas como los derechos constitucional, penal, administrativo, fiscal y político,⁷ sin dejar de lado el ordenamiento que surge como consecuencia de la integración entre estados o de la adhesión a instrumentos internacionales, del cual ha surgido una especie a la que han denominado *derecho administrativo internacional*.⁸

⁴ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico elemental*, 19.^a ed. (Buenos Aires: Heliasta, 2008), 122.

⁵ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974), IV-1.

⁶ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 13.^a ed., t. I, (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2015), 311-2.

⁷ Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 50.

⁸ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, IV-5.

El enfoque del derecho público siempre es el Estado, y se concentra en el ejercicio de su poder, en virtud del cual despliega su actividad para satisfacer el interés general,⁹ lo que conlleva a una situación de desigualdad en la que la administración pública ordena y los ciudadanos se limitan a acatar las decisiones adoptadas.¹⁰ No obstante el propio ordenamiento debe constituirse en el límite del accionar de los diferentes órganos públicos,¹¹ sobre todo cuando sus normas se han concebido como un instrumento que modula la relación de *subordinación* del ciudadano frente al Estado.¹²

El derecho privado por su parte regula las relaciones entre los particulares, ya sea que estos se presenten individual o colectivamente; y, también como personas jurídicas, pero en todos los casos deben observar las normas positivas que fijan límites para evitar excesos, sea al momento de establecer derechos o de exigir el cumplimiento de obligaciones;¹³ por lo que en esta rama del derecho las normas son pensadas para establecer una relación de *coordinación* entre los individuos, quienes en principio se presentan como iguales.¹⁴

De lo antes mencionado se concluye que el ordenamiento jurídico privado tiene un actor esencial, que es precisamente el Estado, que aparece como un medio del cual dimana, y de ahí la afirmación de que todo el derecho en esencia es *público*, porque tiene a un solo organismo generador de normas –el ente estatal–, recayendo la diferencia sobre quienes aplican unas u otras, estableciéndose así precisamente la diferenciación entre lo público y lo privado.¹⁵ En otras palabras entre el derecho público y el derecho privado no hay diferencias en cuanto a la estructura, es decir respecto a la concepción y procedimiento para la promulgación de una ley; pero sin duda alguna dista uno del otro en cuanto a su esencia, porque cada uno tiene principios autónomos y además agrupan sus propios conjuntos.¹⁶

Para cierta parte de la doctrina esa doble personalidad con la que el Estado actúa (pública y privada), es la que le permite a sus instituciones utilizar y aplicar normas de derecho privado de manera *instrumental*, por ser plenamente aplicables al derecho

⁹ Dependiendo del autor se lo denomina también como interés social, público, colectivo, nacional o común.

¹⁰ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 49.

¹¹ *Ibíd.*, 50.

¹² Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, IV-2.

¹³ Al interés del ciudadano común se lo denomina interés privado, interés particular o interés individual.

¹⁴ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, IV-2.

¹⁵ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 48-9.

¹⁶ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, IV-3.

administrativo;¹⁷ mientras para otros autores la evolución y el estado actual de la aplicación del derecho civil por parte de la administración pública, ya no admite esa dualidad de actuación estatal –como persona de derecho público y de derecho privado–, así como resulta inadmisibles hablar de actos administrativos y actos de derecho privado de las instituciones de la administración.

Sin perjuicio de lo expuesto, en mi criterio creo que ambas posiciones tienen un punto en común, que es la innegable relación entre el derecho privado y el derecho público, razón por la que al parecer es más acertado afirmar que el primero se integra al segundo cuando los entes estatales aplican las normas del derecho común,¹⁸ sin que ello implique que dejen de lado las prerrogativas y privilegios que siempre les ofrece el ordenamiento público.¹⁹ Conocidos entonces los evidentes nexos que existen entre ambas ramas del derecho, en líneas posteriores profundizaremos en las relaciones del derecho privado con la contratación pública, sin dejar de lado la vinculación de ésta con el derecho público.

2. La contratación pública como parte del derecho administrativo y del derecho público

El ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente²⁰ establece que las administraciones públicas manifiestan su voluntad jurídica a través de actos administrativos,²¹ actos de

¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, 1.^a ed. peruana, t. I, (Lima: Palestra / Temis, 2011), 56-7.

¹⁸ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, IV-1-2.

¹⁹ *Ibíd.*, VI-5-6.

²⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, arts. 89, 98, 120, 125, 127-8. Es importante aclarar que el COA entró en vigencia el 7 de julio de 2018, y en el art. 89 recoge la tipología de actuaciones mediante las cuales la administración pública expresa su voluntad. No obstante debo decir que, conforme a la disposición derogatoria primera del antedicho código, el Erjefe no se derogó expresa y totalmente, razón por la que también se puede considerar lo prescrito en los arts. 64, 65, 70, 75, 78 y 80 de dicho estatuto.

²¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 98. Dice que acto administrativo “es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. [...]”

simple administración,²² hechos administrativos,²³ contratos administrativos²⁴ y actos normativos de carácter administrativo.²⁵

Sobre la base de lo señalado, la LOSNCP contiene expresas referencias a las categorías antes mencionadas, estableciendo que la adjudicación constituye un acto administrativo por el cual se otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado;²⁶ en la misma línea argumental, prevé que la cancelación del procedimiento de contratación se realizará mediante acto administrativo motivado, conforme a una de las causales previstas en ella.²⁷ La ley *ibídem* faculta a la entidad contratante a emitir el acto administrativo de expropiación, y al propietario del bien inmueble expropiado a impugnarlo²⁸ por tener tal calidad.²⁹

En lo que corresponde a las multas la LOSNCP faculta a los contratistas a impugnarlas,³⁰ ya sea en sede administrativa o judicial;³¹ e igualmente establece el recurso administrativo de apelación de los diferentes actos de las entidades contratantes;³² mientras que la impugnación en vía jurisdiccional de los actos sobre los cuales existiere controversias, se tramitará ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, según lo previsto en la ley de la materia.³³ Asimismo, el RGLOSNCP prevé que los

²² *Ibíd.*, art. 120. Prescribe que el acto de simple administración es “es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.”

²³ *Ibíd.*, art. 127. Determina que los hechos administrativos constituyen “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo [...]”.

²⁴ *Ibíd.*, art. 125. Conceptualiza al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa [...]” y dice además que estos “[...] se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.”

²⁵ *Ibíd.*, art. 128. Define al acto normativo como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa.”

²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 6 núm. 1.

²⁷ *Ibíd.*, art. 34.

²⁸ *Ibíd.*, art. 58.2 y art. 58.6 inc. final.

²⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 173. Establece que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos judiciales.

³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 71.

³¹ La posibilidad de impugnación también puede hacerse en la vía arbitral.

³² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 103. Posteriormente me referiré a este recurso administrativo, el cual también fue incorporado en el COA como una redacción casi exacta.

³³ *Ibíd.*, art. 105. Si bien el artículo en mención se refiere a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, actualmente se debe observar lo previsto en el COGEP.

oferentes podrán presentar reclamaciones cuando se vean afectados por actos de simple administración o actos administrativos relativos a la etapa precontractual.³⁴

Por su parte la codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Sercop,³⁵ califica a la resolución de declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido como actos administrativos;³⁶ de igual manera prevé que la calificación y admisión a trámite del recurso de apelación, se realizará mediante acto administrativo;³⁷ finalmente las entidades contratantes se encuentran facultadas para emitir actos administrativos con los cuales se puede dejar sin efecto las *órdenes de compra* generadas en el catálogo electrónico, cuando se presentare algún inconveniente o error.³⁸

En cuanto a los contratos, la LOSNCP³⁹ y la codificación del Sercop⁴⁰ determinan que son de naturaleza administrativa; fundamentalmente porque en materia de contratación pública, al menos una de las partes contratantes, siempre será una institución del Estado en ejercicio de una función administrativa.

Tratándose de los actos normativos, en contratación pública debemos distinguir entre el *reglamento* de la LOSNCP, expedido por el presidente de la República en ejercicio de su facultad reglamentaria;⁴¹ y, el *acto normativo de carácter administrativo* emitido por el Sercop, en ejercicio de la competencia normativa que le otorga la propia ley;⁴² y que está contenido en la codificación de sus resoluciones.⁴³

Es así que podemos concluir que en materia de contratación pública, el Estado y sus instituciones despliegan su accionar mediante las diversas formas de actuaciones jurídicas que reconoce el derecho administrativo, recogidas en nuestra legislación.

³⁴ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 150.

³⁵ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018. En adelante me referiré a esta como la codificación y actualización de resoluciones del Sercop, codificación de resoluciones del Sercop, o simplemente como codificación del Sercop.

³⁶ *Ibíd.*, arts. 43, 44 y 48.

³⁷ *Ibíd.* art. 484.

³⁸ *Ibíd.* arts. 401 y 525.

³⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 60.

⁴⁰ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 290.

⁴¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 147 núm. 13.

⁴² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, arts. 128, 1301 y 131.

⁴³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 10, núm. 9.

3. Marco legal en materia de contratación pública a partir del año 2008

La Constitución de Montecristi incorporó en su texto un artículo relativo a las compras públicas,⁴⁴ que establece los criterios que deben cumplirse al momento de realizarlas, siendo estos la eficiencia, la transparencia, la calidad y la responsabilidad ambiental y social. Adicionalmente la norma constitucional dispone la priorización de los productos y servicios nacionales por sobre los extranjeros,⁴⁵ y dentro de esta preferencia a su vez le da una particular prelación a aquellos que provengan de la economía popular y solidaria, y de micro, pequeñas y medianas empresas o unidades productivas.⁴⁶

Ahora bien, los principios constitucionales antes indicados⁴⁷ se encuentran definidos en diferentes cuerpos legales, en atención a la naturaleza de cada materia, pero que sin dudarlos tienen incidencia en materia de contratación pública, para lo cual nos referiremos a cada uno de estos preceptos dispersos en nuestra legislación, así como a su relación con el objeto de esta investigación.

El primero es el principio de *eficiencia*,⁴⁸ el cual en términos generales propende a que las actuaciones de la administración pública apliquen las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas, prohibiendo las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.⁴⁹ En el ámbito de nuestro estudio, tal criterio incide directamente en uno de los objetivos del SNCP, como lo es la modernización de los procedimientos de compras públicas, a través de sus diferentes herramientas,⁵⁰ que propenden a que las entidades adjudicadoras, contraten obras, bienes

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 288. Establece que las compras públicas deben cumplir con los criterios de transparencia, calidad, eficiencia, responsabilidad ambiental y responsabilidad social; y, que tendrán prioridad los productos y servicios nacionales, particularmente los procedentes de la EPS, y de las Mipymes.

⁴⁵ Esto guarda directa relación con el principio de *participación nacional*, al que me referiré más adelante.

⁴⁶ El COPCI, dedica el Libro III al desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, a partir del art. 53 y siguientes.

⁴⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 227. Prescribe que la administración pública constituye un servicio a los ciudadanos, regido por los principios de eficiencia, eficacia, calidad, jerarquía, descentralización, desconcentración, planificación, coordinación, evaluación, transparencia y participación.

⁴⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 4.

⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 4.

⁵⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9 núm. 9.

y servicios que satisfagan las necesidades públicas,⁵¹ de forma ágil, simplificada y adecuada.⁵²

Sobre este principio debemos recordar que la contratación pública está en manos de funcionarios públicos, por lo que la *eficiencia* dependerá del desarrollo, profesionalización, capacitación, experiencia y responsabilidad de los servidores a cargo de las compras públicas y de la administración de los recursos públicos.⁵³

Respecto del principio de *calidad*,⁵⁴ es un criterio que se vincula directamente con la eficiencia, si consideramos que con la aplicación de este lo que se pretende es que las necesidades públicas sean satisfechas de forma oportuna y adecuada, y sobre todo mediante el correcto uso de los recursos económicos invertidos.⁵⁵ En contratación pública,⁵⁶ lo que se pretende es seleccionar a aquellos proveedores que presenten las propuestas más convenientes, esto es que ofrezcan las mejores condiciones técnicas y económicas en la contratación de obras, bienes y servicios por parte de las entidades contratantes.⁵⁷

El principio de *transparencia*⁵⁸ permite a las personas acceder a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos en la forma prevista en nuestra legislación;⁵⁹ mientras que en el caso de la materia de estudio, pretende evitar la discrecionalidad en la contratación pública, un adecuado gasto

⁵¹ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, (Quito: 2015), 39.

⁵² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9, núm. 6. Igualmente el art. 101 del COPCI, dispone que la eficiencia en el servicio público propenderá al uso de mecanismos informáticos y telemáticos de obtención, validación e intercambio de información y otras medidas de gobierno electrónico, para garantizar permanentemente servicios en línea, ágiles y eficientes.

⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, arts. 1, 2, 22 lits. b) y h), 23 lit. b), 53, 81, 82 y 104.

⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 4.

⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 5.

⁵⁶ Al respecto del principio de *calidad* se puede revisar el art. 6 núms. 17, 18 y 19; art. 9 núm. 1, art. 41, 45, 56, 74 inc. primero, y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el art. 3 inc. final, 20 inc. tercero, 73 inc. segundo, 76, 80, 83 y 85 de su reglamento general.

⁵⁷ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de contratación pública*, 2.^a ed., (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 66.

⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 4.

⁵⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 12.

público,⁶⁰ y combatir la corrupción en la adjudicación de contratos públicos.⁶¹ Este criterio se complementa con el de *publicidad*, porque los diferentes tipos de procedimientos –que ameritan convocatoria o invitación a más de un proveedor–, deben ejecutarse usando las herramientas del portal de compras públicas, permitiendo de esta forma que cada una de sus etapas, sean conocidas por los oferentes como interesados directos, así como también por parte de cualquier ciudadano.

Vale decir que estos dos últimos principios mencionados –*transparencia* y *publicidad*– no son absolutos, porque en el caso de los procedimientos de régimen especial existe la posibilidad de que estos no se hayan publicado de forma previa, lo que debe cumplirse obligatoriamente con posterioridad.⁶² Tratándose de contrataciones relativas a seguridad interna y externa, existe una excepción a su publicación, debido a que están protegidos por el principio de *confidencialidad* y *reserva*.⁶³ Igual salvedad aplica a las contrataciones de las entidades contratantes respecto de sus actividades empresariales o estratégicas, pudiendo omitirse su inclusión en el PAC, evitando así una afectación al sigilo comercial y de estrategia.⁶⁴ Lo anterior sin perjuicio de que por decisión del Sercop se proteja determinada información en virtud de su política de confidencialidad;⁶⁵ siendo estas las situaciones en las que no resultan aplicables los criterios de transparencia y publicidad.⁶⁶

La *responsabilidad social* constituye un compromiso legal y ético asumido por los ciudadanos, ya sea individual o colectivamente, y con el único propósito de procurar el bien común, al que actualmente en nuestra norma constitucional se ha denominado

⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9 núms. 3 y 10.

⁶¹ Víctor Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública* (Madrid: Iustel, 2009), 507.

⁶² Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 70.

⁶³ *Ibíd.*, art. 87; Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, arts. 4 inc. último, 9 núm. 9, y 378 inc. segundo.

⁶⁴ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 26; Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, arts. 4 inc. primero, 9 núm. 9, y 378 inc. primero.

⁶⁵ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 11.

⁶⁶ Liz Tatiana Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 58-9, <http://hdl.handle.net/10644/4786>.

como *buen vivir*.⁶⁷ Esta se complementa a su vez con la *responsabilidad ambiental*, entendida como la obligación jurídica de responder por los daños o impactos ambientales que se hayan causado,⁶⁸ de conformidad con la ley de la materia,⁶⁹ pudiendo recaer dicha exigencia sobre el Estado, personas naturales y jurídicas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.⁷⁰

En el caso objeto de esta investigación, si consideramos que las personas naturales y jurídicas como oferentes tienen derecho a desarrollar actividades económicas tendientes a la provisión de obras, bienes y servicios, aquellas deben hacerlo con responsabilidad social y ambiental;⁷¹ mientras que en el caso de su contraparte, esto es las entidades contratantes, deben hacer lo propio y exigir el cumplimiento de dichos principios;⁷² pero además corresponde observar tales criterios, al ente rector de contratación pública, en coordinación con las autoridades nacionales competentes,⁷³ y los respectivos gobiernos autónomos descentralizados.⁷⁴

Finalmente nuestra carta fundamental se refiere a la *participación nacional*,⁷⁵ disponiendo que se priorizará la contratación de productos y servicios nacionales por sobre los extranjeros,⁷⁶ y dentro de esta preferencia a su vez le da una particular prelación a aquellos que provengan de la economía popular y solidaria, y de micro, pequeñas y medianas unidades productivas.⁷⁷

⁶⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, Registro Oficial 175, Suplemento, 20 de abril de 2010, art. 4.

⁶⁸ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017. Al final de este hay un glosario de términos que definen el daño y el impacto ambiental.

⁶⁹ A partir del 12 de abril de 2018 se encuentra vigente el COAM.

⁷⁰ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, art. 10.

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 66 núms. 15 y 26, 278 núm. 2; Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, arts. 8 núm. 5, 290 núm. 1.

⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 66 núm. 26, 278 núm. 2.

⁷³ Estas son: la autoridad ambiental nacional, la autoridad nacional de agricultura y ganadería, la autoridad nacional de industrias, productividad, acuicultura y pesca, y los gobiernos autónomos descentralizados.

⁷⁴ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, arts. 131 y 243.

⁷⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 4.

⁷⁶ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 77.

⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 25.2.

Para el cumplimiento de lo anterior, tanto en la LOSNCP,⁷⁸ en su reglamento general⁷⁹ y en la codificación del Sercop,⁸⁰ existen disposiciones relativas a los márgenes de preferencia para oferentes de obras, bienes y servicios nacionales y locales, la selección preferente de proveedores de la EPS⁸¹ y de Mipymes.⁸² Además de disposiciones que prohíben a las entidades contratantes menoscabar la participación nacional,⁸³ evitando así que los pliegos contengan especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no puedan cumplir los oferentes nacionales, con la única salvedad de que se justifiquen en debida forma determinadas características funcionales.⁸⁴

4. Análisis sucinto de la normativa de contratación pública incorporada en otros cuerpos legales expedidos a partir del año 2008

4.1. Empresas públicas

La primera ley expedida luego de la plena vigencia de la LOSNCP, fue la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en vigor desde octubre de 2009, en la que se estableció que la contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría,⁸⁵ se sujetarán

⁷⁸ *Ibíd.*, considerando cuarto, arts. 6 núms. 4 y 13, 9, 52 y 59.1.

⁷⁹ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 16, 59, 67 y 120.

⁸⁰ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 2 núms. 7, 49 y 64; arts. 228, 235, 245.1, 259, 312, 316, 318, 321, 326, 339, 345, 351 a 354 y 456.

⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011, arts. 1 y 8. Se entiende por economía popular y solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital. Entre sus formas de organización integran la EPS las organizaciones conformadas en los sectores comunitarios, asociativos y cooperativistas, así como también las unidades económicas populares.

⁸² Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 53. Define a la micro, pequeña y mediana empresa, como toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, a las que me referiré más adelante.

⁸³ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 20.

⁸⁴ Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 59.

⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 34. En este además se hace referencia a las contrataciones de actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos,

a dos regímenes; el primero que es un *régimen común*,⁸⁶ siendo aplicable lo previsto en la normativa actual del Sistema Nacional de Contratación Pública;⁸⁷ y el segundo es un *régimen especial*,⁸⁸ para aquellos casos en los que las empresas públicas hayan suscrito algún instrumento, convenio o contrato de alianza estratégica, consorcio, asociación u otros de similar naturaleza, ante lo cual deberán observarse los procedimientos y la normativa prevista en tales documentos.

En el caso de que las empresas públicas ecuatorianas hayan celebrado alguna asociación o acuerdo con empresas de la comunidad internacional, las contrataciones igualmente se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento suscrito para tal efecto, y únicamente en lo no previsto en el respectivo instrumento, es aplicable la normativa del SNCP.⁸⁹

Además, la LOEP prescribe que para las contrataciones de régimen común y régimen especial no será necesario contar con informes previos por parte de los órganos públicos de control.⁹⁰ No obstante vale decir que con las reformas introducidas a la LOSCNP por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública,⁹¹ cuando la suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades en el caso de obras, y de los contratos complementarios de consultoría, superen el 15%, es factible llegar a un máximo del 35% respecto del valor del contrato principal, pero siempre con el informe favorable de la Contraloría General del Estado; según lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁹²

Acerca de las prohibiciones, la LOEP prescribe que las autoridades nominadoras de los miembros del directorio, los miembros del órgano colegiado, los gerentes,

y las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional que realicen las empresas públicas.

⁸⁶ *Ibíd.*, art. 34 núm. 2.

⁸⁷ Entiéndase la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general, y la codificación y actualización de resoluciones del Sercop.

⁸⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 34 núm. 3 parte inicial.

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 34 núm. 3 parte final.

⁹⁰ Entiéndase la Contraloría General del Estado, según el art. 29 de su ley; y, la Procuraduría General del Estado, acorde a lo previsto en el art. 1 de la ley de dicha institución.

⁹¹ Ecuador, *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública*, Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017, art. 8.

⁹² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 87. Para emitir su informe la Contraloría tiene el término perentorio de treinta días, caso contrario se considerará favorable; mientras que si el informe no es favorable, o si el monto de los contratos complementarios, de las órdenes de trabajo, o de las diferencias de obra superan los porcentajes permitidos, la máxima autoridad de la institución tiene que dar por terminado el contrato, iniciar un nuevo procedimiento de contratación, y finalmente emprender las acciones pertinentes e imponer las sanciones contempladas en la LOSNCP, ya sea en contra del consultor o de los servidores públicos de las entidades responsables de los estudios precontractuales, según lo dispuesto en el art. 100 de la ley *ibídem*.

subgerentes, funcionarios de libre nombramiento y remoción, servidores y obreros de las empresas públicas, están imposibilitados de intervenir en negociaciones y en cualquier procedimiento de contratación con las empresas para las que trabajan, personalmente o por interpuesta persona; por su cónyuge o conviviente de hecho, o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.⁹³

Dispone también que las personas antes indicadas no pueden contratar con la empresa pública donde presten sus servicios, ya sea a través de personas jurídicas en las que sean socios; y, que en el caso de hacerlo, a más de la respectiva descalificación de la propuesta, serán sancionados administrativamente y sujetos a las acciones civiles y penales, si fuere el caso; observando el debido procedimiento o debido proceso, según corresponda.⁹⁴

No está poder demás mencionar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas estableció una excepción al régimen especial de la LOSNCP,⁹⁵ disponiendo que las empresas incautadas por la extinta Agencia de Garantía de Depósitos, no se someterán a los procedimientos de contratación determinados en aquella, y tampoco lo harán el ente jurídico que mantenga su propiedad fiduciaria y representación legal;⁹⁶ esto mientras no se haya procedido a la venta de las empresas incautadas, o hasta que se conviertan en empresas públicas.⁹⁷

4.2. Servicio público y servidores públicos

En el año 2010 entró en vigencia la LOSEP, la cual establece como prohibiciones⁹⁸ a los servidores públicos, mantener relaciones societarias, comerciales o financieras –directa o indirectamente– con contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor, por sus funciones deba atender de forma personal

⁹³ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 34 núm. 7.

⁹⁴ Como sabemos, nos referimos al *debido procedimiento* cuando su trámite y resolución corresponde a la sede administrativa; mientras que el *debido proceso* aplica para el caso de las acciones civiles y penales en la vía judicial, cuyo despacho y decisión está a cargo de los jueces competentes.

⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 2 núm. 8.

⁹⁶ Según el contrato de fideicomiso mercantil celebrado entre la extinta AGD y la CFN, es precisamente esta última la fiduciaria y representante legal.

⁹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, disposición transitoria primera.

⁹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, art. 24 lits. i), j) y ñ).

tales asuntos; así como también resolver situaciones, intervenir, elaborar informes, tramitar, gestionar o suscribir contratos o convenios con instituciones estatales, por sí mismo o a través de terceras personas, u obtener beneficios que conlleven privilegios personales para sí, su cónyuge o su conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, o para su parentela comprendida dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; ampliándose dicha disposición a cualquier persona jurídica en la que el servidor, su cónyuge o conviviente, y sus parientes comprendidos dentro de los grados en mención tengan intereses. No obstante debo mencionar que, a criterio de la Procuraduría General del Estado tratándose de aquellos contratos administrativos sujetos a la LOSNCP, la señalada proscripción no es de carácter general sino especial, y por tanto se limita –según lo antes indicado– a la respectiva entidad contratante en la que el servidor público preste su contingente.⁹⁹

Adicionalmente prohíbe a los empleados públicos, solicitar, aceptar o recibir en cualquier forma, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, a más de cualquier otro privilegio y ventaja en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos puedan constituirse en delitos;¹⁰⁰ y, en general, deben abstenerse de incurrir en cualquier otra proscripción dispuesta por la Constitución, las leyes y los reglamentos que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.¹⁰¹

Lo antes dicho tiene directa relación con la LOEP y la LOSNCP, que establecen como causal de cesación de funciones por destitución o desvinculación sin derecho a indemnización, de los servidores u obreros de las instituciones contratantes, cuando aceptaren invitaciones promocionales o institucionales, giras promocionales, viajes de observación, atenciones sociales u otros similares, cuyos gastos sean asumidos por

⁹⁹ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Inhabilidades para contratar*, 2012, 5, http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B. Razonamiento expuesto en el oficio n.º 05783 de 5 de enero de 2012. Amerita recordar que los pronunciamientos de la PGE son vinculantes para las entidades, organismos, dependencias y personas jurídicas del sector público, de conformidad con el art. 237 núm. 3 de la Constitución, y art. 3 lit. e) de la ley orgánica de dicha institución.

¹⁰⁰ Principalmente peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito.

¹⁰¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, art. 22 lits. a), e) y h). Estos deberes de los servidores públicos versan sobre el cumplimiento de lo establecido en la Constitución, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la ley; y el ejercicio de sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe, administrando los recursos del Estado con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, y someterse a la rendición de cuentas respecto de su gestión.

oferentes o por quien resulte contratista; sea que dichos beneficios fueren para sí o para los miembros de su familia o de terceros.¹⁰²

4.3. Planificación y finanzas públicas

De forma casi paralela a la LOSEP, se publicó el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuerpo legal que contiene importantes disposiciones en materia de contratación pública.¹⁰³ La primera de ellas tiene que ver con la consideración de los anticipos entregados a los contratistas para el cumplimiento del objeto de los contratos, dejan de considerarse recursos públicos cuando son devengados, es decir cuando se haya procedido formalmente con la entrega y recepción a satisfacción de la entidad contratante, de la obra, bien o servicio objeto del contrato.

En cuanto al depósito de dichos recursos a favor de los contratistas, puede acreditarse únicamente en cuentas de instituciones de la banca pública o en instituciones financieras privadas que sean propiedad del Estado en más del 50% de su capital; porque mientras sea anticipo se consideran recursos públicos, y las entidades contratantes están obligadas a vigilar que tales fondos se inviertan exclusivamente en la ejecución de los contratos sin que sean destinados a fines ajenos,¹⁰⁴ para lo cual inclusive no es oponible el sigilo bancario, ni cualquier otro tipo de reserva tributaria, societaria o bursátil al respecto.¹⁰⁵

Sobre la viabilidad para que el *presupuesto referencial* se sufrague con recursos provenientes de *financiamiento*, existe apertura para que los *contratos de deuda* contengan estipulaciones relativas a la participación de empresas del país prestamista, para beneficiarse de las contrataciones de obras, bienes y servicios; pero siempre que los empréstitos se confieran en términos rentables, ventajosos o concesionales para el

¹⁰² Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 34 núm. 7; Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 99.

¹⁰³ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 76 y disposición general décima.

¹⁰⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 299 inc. tercero. Esta norma constitucional y las del COPFP mencionadas en la nota al pie de página anterior, sirvieron de fundamento del el oficio circular n.º MINFIN-DM-2013-0417 de 13 de julio de 2013, suscrito por el economista Fausto Herrera Nicolalde, ministro de Finanzas de la época.

¹⁰⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, disposición general décima. Permite que toda la información relacionada con los pagos recibidos por los contratistas y sub contratistas del Estado, así como sus movimientos financieros, sea de carácter de pública, a fin de detectar con certeza el flujo de los fondos públicos.

prestatario; debiendo preverse también de forma expresa tal situación en los pliegos a ser utilizados en los procedimientos de selección, en los que además deberá constar el financiamiento como parámetro de evaluación y calificación.¹⁰⁶

Asimismo, existe la posibilidad de que la negociación, instrumentación, perfeccionamiento de operaciones de endeudamiento público –interno o externo–, colocación o recompra de títulos emitidos por el Estado, cobertura o la novación de deuda, se concrete con la celebración –previa o concurrente– de determinados *contratos públicos*, indispensables para coadyuvar a los propósitos antes señalados, por lo que el COPFP dispone que tales contrataciones estarán exceptuadas del ámbito de la LOSNCP. No obstante se deben observar los procedimientos de selección, calificación y adjudicación que para el efecto debe establecer el ente rector de las finanzas públicas.¹⁰⁷

4.4. Producción, comercio e inversiones

En diciembre de 2010 se promulgó el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que prevé como mecanismo de desarrollo productivo el fomento de las Mipymes, para lo cual el Servicio Nacional de Contratación Pública, debe cumplir y hacer cumplir por parte de las entidades contratantes, el principio de *inclusión* en sus adquisiciones. Para ello debe incentivar y monitorear que todas las entidades contratantes cumplan el establecimientos criterios de inclusión para Mipymes, en los procedimientos y proporciones establecidos por el SNCP; que se otorguen todas las facilidades a las Mipymes para que cuenten con una adecuada información oportuna sobre los procedimientos de contratación en los cuales pueden participar; procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del Estado; y, que se definan en los planes anuales de contrataciones de las entidades del sector público, las obras, los bienes y los servicios que puedan ser ejecutadas y suministrados por las Mipymes. Además el Sercop debe mantener un registro actualizado de las adquisiciones realizadas a las

¹⁰⁶ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 134. Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 3; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 2 y 27 inc. segundo.

¹⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 137. Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 3; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 2.

Mipymes –y actores de la EPS–, y de los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones.¹⁰⁸

Por otra parte, el COPCI determina que el Sercop desarrollará mecanismos pertinentes para el control del componente nacional agregado¹⁰⁹ en la adquisición de bienes y prestación de servicios;¹¹⁰ mandato en virtud del cual se ha desarrollado normativa secundaria –además de la de contratación pública– con el fin de definir a las Mipymes¹¹¹ y establecer beneficios e incentivos para su fomento productivo, así como los criterios para su inclusión en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.5. Economía popular y solidaria

Hacia el año 2011, entró en vigencia la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, en la que se establecen medidas de fomento que debe dictar el Estado a favor de las personas y organizaciones amparadas por dicha ley. Entre ellas tenemos la que versa sobre la materia de esta investigación; estableciendo que el ente rector de las compras públicas, implementará obligatoriamente en los procedimientos de contratación pública establecidos en la LOSNCP, márgenes de preferencia a favor de las personas y organizaciones de la economía popular y solidaria, ya sean éstas, organizaciones de la economía popular y solidaria o unidades económicas populares.¹¹²

¹⁰⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 55.

¹⁰⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 102. Nos referimos al Valor Agregado Nacional.

¹¹⁰ Originalmente esta competencia correspondía al ministerio a cargo de la política industrial (Ministerio de Industrias y Productividad) conjuntamente con el Sercop; no obstante mediante decreto ejecutivo 1516 de 15 de mayo de 2013 (Registro Oficial Suplemento 5 de 31 de mayo de 2013), y por la ley reformativa a la LOSNCP (Registro Oficial Segundo Suplemento 100 de 14 de octubre de 2013), dicha competencia pasó a ser exclusiva del ente rector de la contratación pública.

¹¹¹ Ecuador, *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011, art. 106. En esta disposición se clasifica a las Mipymes de acuerdo a las siguientes categorías: 1) Micro empresa: Es aquella unidad productiva que tiene entre 1 a 9 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores de US \$ 300.000; 2) Pequeña empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 10 a 49 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre US \$ 300.001 y US \$ 1.000.000; y, 3) Mediana empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 50 a 199 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre US \$ 1.000.001,00 y US \$ 5.000.000.

¹¹² Ecuador, *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011, art. 132 núm. 1.

En esta disposición además se establece que, la *feria inclusiva*¹¹³ será uno de los procedimientos que las entidades contratantes deben utilizar para priorizar la adquisición de obras, bienes o servicios normalizados o no normalizados provenientes de las personas y organizaciones de la EPS;¹¹⁴ por lo que el Sercop en coordinación con el Instituto de Economía Popular y Solidaria deben determinar las obras, bienes y servicios que deberán ser adquiridos a través los diferentes procedimientos de contratación.¹¹⁵

4.6. Régimen monetario, financiero, bursátil y seguros

En septiembre de 2014, entró en vigencia el Código Orgánico Monetario y Financiero, el que contiene importantes disposiciones relativas a las garantías que deben rendirse para la suscripción y ejecución de los contratos sujetos a la LOSNCP. Es así que crea el denominado *sistema de garantía crediticia*,¹¹⁶ como un mecanismo que tiene por objeto afianzar el cumplimiento de obligaciones establecidas en los contratos que suscriban los primeros emprendedores, las madres solteras, las personas en movilidad humana, con discapacidad, jóvenes y otras personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria; quienes generalmente no están en capacidad de concretar y suscribir contratos como proveedores del Estado, por falta de condiciones necesarias para rendir garantías.¹¹⁷

Es así que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera reglamentó el sistema,¹¹⁸ estableciendo que pueden constituirse como afianzados o garantizados, las personas naturales o jurídicas que no cuenten con las garantías adecuadas o suficientes para respaldar sus obligaciones –en nuestro caso de un contrato público sujeto a la

¹¹³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 6 núm. 10, y en el art. 59.1; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 67. Dichas disposiciones desarrolla dicho procedimiento de contratación.

¹¹⁴ No está por demás mencionar que este también constituye un procedimiento aplicable a MYPES.

¹¹⁵ Ecuador, *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011, art. 117. Los criterios de inclusión al SNCP que prevé dicho artículo, son aplicables tanto a Mipymes como a los actores de la EPS.

¹¹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, arts. 35 y 149.

¹¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011, art. 83 lit. h). Esta disposición permite que las garantías puedan ser otorgadas por personas jurídicas de derecho público y privado, autorizadas y controladas por la Superintendencia de Bancos. Tratándose de las entidades del sector financiero popular y solidario, únicamente lo pueden hacer aquellas que hayan obtenido la autorización de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

¹¹⁸ Ecuador Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución No. 296-2016-F*, Registro Oficial 913, Suplemento, 30 de diciembre de 2016, arts. 19 y 20.

LOSNCP—, siempre que se cumplan con los requisitos, y que no se encuentren incursos en las situaciones previstas en la regulación de la JPRMF.

En esta clase de garantías, cuando el afianzado o garantizado —es decir el contratista— haya incurrido en mora, la entidad contratante receptora de la garantía debe realizar primeramente gestiones extrajudiciales de cobro, y una vez que hubiere transcurrido el plazo máximo de 365 días, contados desde la determinación de la mora, sin haber conseguido el pago de la obligación, podrá solicitar su pago a la persona jurídica autorizada para otorgar dichas garantías, por lo que esta última debe pagar en el plazo de diez días contados a partir de la notificación de la solicitud, siempre que se hayan cumplido con los requisitos establecidos en la resolución de la JPRMF.¹¹⁹

Por otra parte, la Ley General de Seguros¹²⁰ dispone que las garantías de *fiel cumplimiento y por anticipo* emitidas al amparo de la LOSNCP, serán incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, bastando para su pago el requerimiento formal de la entidad contratante —asegurada o beneficiaria—, por lo que el pago deberá realizarse dentro del plazo de los diez días de solicitado;¹²¹ y, que en caso de negativa de pago por parte de la compañía aseguradora, será susceptible de inhabilitación conforme a la ley.¹²²

No está por demás mencionar que el COMF establece que a contratación de los servicios que requiera el BCE, y que coadyuven a la inversión de la reserva, la gestión de la posición de activos y pasivos externos, del oro monetario y no monetario, y a la sostenibilidad del sistema monetario,¹²³ se someterán al *régimen especial* determinado en

¹¹⁹ Ecuador Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Resolución No. 296-2016-F*, Registro Oficial 913, Suplemento, 30 de diciembre de 2016, art. 38. Según esta disposición, la entidad receptora de la garantía debe adjuntar a su solicitud de pago, la constancia de las gestiones de cobro extrajudiciales, y la demás documentación que verifique lo determinado en dicha normativa; en caso de que no cumpla con los requisitos previstos, la persona jurídica autorizada para otorgar tal garantía deberá rechazar el pago, caso contrario si la petición está completa, debe proceder al pago de la garantía con cargo a su patrimonio.

¹²⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 42. Recordemos que la Ley General de Seguros constituye el Libro III del mencionado código, conforme consta en la disposición general décima octava de dicho cuerpo legal.

¹²¹ A diferencia de las garantías que regula la resolución n.º 296-2016-F, en el caso de estas no se pueden incluir cláusulas que requieran documentación adicional, que establezcan trámites administrativos previos o cualquier otra disposición similar, porque se entenderán como no escritas.

¹²² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 73. En este caso la entidad contratante puede solicitar al Sercop la inhabilitación de la aseguradora en el SNCP hasta el cumplimiento de su obligación como aval, y en caso de reincidencia de tal conducta podría ser inhabilitada hasta por dos años, esto sin perjuicio de las sanciones administrativas que le corresponda imponer a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros según sus competencias.

¹²³ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 37.

la LOSNCP,¹²⁴ pero cabe aclarar que hasta la presente fecha su reglamento general no ha sido reformado para normar estas contrataciones.¹²⁵

4.7. Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación

A finales del año 2016, entró en vigencia el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que contiene varias disposiciones relativas a materia de contratación pública, destacándose su *régimen especial*, la *transferencia de tecnología* y la *desagregación tecnológica*.

El COESCCI, además de crear un *régimen especial* para determinadas contrataciones de bienes, servicios e importaciones, detalla las instituciones públicas que en calidad de entidades contratantes, se encuentran amparadas por este régimen.¹²⁶ Contiene además aspectos del procedimiento a seguir, como la resolución motivada previa y la posterior publicación en el portal de compras públicas; y, tratándose de las contrataciones de *ínfima cuantía* crea un medio de pago.¹²⁷

En cuanto a la verificación de la existencia de proveedores nacionales de un bien o servicio, el reglamento general al COESCCI exige a sus instituciones de tal procedimiento y de la obtención de licencias de importación, pero siempre que se contraten en línea o se adquieran en tiendas virtuales.¹²⁸

En lo que respecta a la *transferencia de tecnología* y de conocimientos en toda contratación de origen no ecuatoriano, el Código Ingenios la define y establece todo lo

¹²⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 2 núm. 10.

¹²⁵ Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 72.

¹²⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 66. Dispone que las instituciones de educación superior públicas y los institutos públicos de investigación, que deben procurar desconcentrar las contrataciones de bienes y servicios destinados a la investigación, a fin de lograr mayor eficiencia en la ejecución de sus proyectos.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 66 inc. segundo. Prescribe que se podrá pagar mediante una tarjeta de crédito corporativa, y que las condiciones para su obtención y uso serán establecidas en su reglamento; este último, en su disposición general segunda amplía lo dicho por el código, y dice que además se podrán pagar las contrataciones de ínfima cuantía con tarjetas sean éstas de débito, de pago, o de prepago recargable o no recargables. No obstante cabe destacar que no dice nada sobre el uso y obtención de tales medios de pago.

¹²⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 22. Esta norma dice también que por medio de este procedimiento se pueden contratar servicios de *courier* nacional para la importación de los bienes o servicios adquiridos a través de tiendas virtuales; y servicios de *courier* nacional o internacional para el envío de muestras derivadas de proyectos de investigación científica.

que comprende,¹²⁹ enfatizando además que constituye un requisito de la contratación pública,¹³⁰ pero además de cualquier otro tipo de *contratos públicos* que suscriba el Estado ecuatoriano, bajo cualquier modalidad,¹³¹ con las excepciones que fueren del caso; y concluye indicando que el Sercop podrá establecer reservas de mercado en compras públicas para los productos y servicios con intensidad tecnológica de proveedores de origen ecuatoriano.

Otro concepto que nos trae el Código Ingenios es el de *desagregación tecnológica*, que comprende el desglose o separación técnica de las partes del paquete tecnológico, así como la capacidad tecnológica y conocimiento que se encuentra en dichos componentes de manera individual o conjunta con la finalidad de incorporar valor agregado ecuatoriano en bienes, servicios y procesos.¹³²

En materia de contratación pública,¹³³ al igual que en el caso de la transferencia de tecnología, es obligatorio que en los pliegos de los procedimientos se exija *desagregación tecnológica*, y también se hace extensiva a contratos de inversión y cualquier otra modalidad de contratación que realice el Estado, salvo la debida justificación conforme la política que para el efecto se emita. En ambos casos el prenombrado código prescribe que se debe dar preferencia a aquellos proveedores que

¹²⁹ *Ibíd.*, art. 81. Cabe destacar que en art. 2 núm. 69 de la codificación del Sercop también contiene una definición de *transferencia de tecnología*; no obstante la contenida en el Código Ingenios es más detallada. Esta comprende acuerdos contractuales como: la prueba de concepto, la validación tecnológica, la transferencia de derechos de propiedad intelectual, concesión de licencias de propiedad intelectual, contratos de saber hacer, capacitación, contratación de mano de obra nacional, entre otros.

¹³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 25.2 y art. 41 núm. 6; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 120; Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, arts. 91.1 al 91.5.

¹³¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 81. En este se prevé también que la función ejecutiva dictará la política que priorizará los sectores estratégicos y de interés público, determinará los niveles mínimos y mecanismos de *transferencia tecnológica* que se requerirán en las contrataciones, conforme a parámetros técnicos, económicos y jurídicos. Dicha política será expedida y actualizada anualmente en coordinación con las diferentes entidades públicas involucradas. En este instrumento además se debe definir la metodología que permita establecer en los procedimientos, parámetros y criterios de calificación específicos para aquellos proveedores que estén dispuestos a asumir mayores compromisos de *transferencia tecnológica*.

¹³² Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 83. Según esta disposición el análisis del paquete tecnológico o de sus componentes intensivos en conocimiento, será requerido para la contratación pública con proveedores de bienes, servicios y procesos de origen nacional y extranjero, según la política pública emitida por la respectiva secretaría de planificación.

¹³³ De bienes, servicios, derechos y procesos de origen nacional y extranjero.

estén dispuestos a asumir mayores compromisos de *desagregación tecnológica*, según la metodología definida por el Sercop, la Senescyt, y Planifica Ecuador.¹³⁴

Además el COESCCI¹³⁵ prevé la posibilidad de otorgar puntajes adicionales dentro de los procedimientos previstos en la LOSNCP, siempre que los proveedores cumplan con lo que determine la normativa secundaria que para el efecto emitan coordinadamente las autoridades rectoras de los sistemas nacionales de compras públicas y de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales.¹³⁶

Como corolario debo manifestar que resulta confusa la disposición del Código Ingenios,¹³⁷ que manda que las personas naturales o jurídicas de derecho privado que reciban recursos públicos conforme a lo previsto en dicho cuerpo legal, observen los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante las exime de la aplicación de la LOSNCP; que fue modificada para excluir de su ámbito a todos los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, cuando utilicen para sus contrataciones de servicios y bienes, recursos provenientes de fondos de *capitales de riesgo público o capitales semilla público*.¹³⁸

4.8. Régimen ambiental

En abril de 2017 entró en vigencia el Código Orgánico del Ambiente,¹³⁹ que contiene disposiciones relativas a los *derechos de la naturaleza*, y prescribe que en el marco de la responsabilidad ambiental, el Estado a través del Sercop y de las autoridades

¹³⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 732*, Registro Oficial 496, Suplemento, 28 de mayo de 2019. Con este se suprimió a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), y en su lugar se creó la Secretaría Técnica de Planificación "Planifica Ecuador"; siendo esta última dependencia la rectora en materia de planificación y desarrollo, la que depende del ejecutivo.

¹³⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, arts. 610 y 627. En el libro cuarto titulado "Del financiamiento e incentivos a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales", constan dichas disposiciones, la primera se encuentra en la sección relativa a los incentivos administrativos para el fortalecimiento del talento humano; mientras que la segunda consta en la sección sobre los incentivos administrativos para la innovación social.

¹³⁶ *Ibíd.*, disposición transitoria vigésima primera. En esta se dispone que el Sercop y la Senescyt emitirán las resoluciones correspondientes para establecer los parámetros de calificación recomendados para la implementación de los incentivos de puntos adicionales en los procedimientos de contratación pública.

¹³⁷ *Ibíd.*, disposición general vigésima tercera.

¹³⁸ *Ibíd.*, disposición reformativa tercera.

¹³⁹ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, art. 131 y 246. Según la disposición final única de dicho cuerpo legal, entró en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su promulgación.

nacionales ambiental,¹⁴⁰ de agricultura y ganadería,¹⁴¹ de industrias y productividad¹⁴² y los gobiernos autónomos descentralizados, establecerán e incorporarán en los procesos de contratación pública mecanismos, instrumentos y procedimientos que garanticen el origen legal de la madera.

Por otra parte, el COAM también se refiere a las *compras públicas sustentables*, y ordena que la autoridad ambiental nacional en coordinación con el Sercop y demás autoridades competentes, deberán armonizar e implementar criterios ambientales en los procedimientos de contratación pública, con el fin de fomentar la transacción de bienes, servicios y obras enmarcados en el desarrollo sostenible, así como los mecanismos que permitan la protección de la naturaleza.¹⁴³

Lo anterior ya ha sido escuetamente desarrollado por el ente rector de la contratación pública, a las que ha denominado *compras verdes*, entendidas como aquellas adquisiciones amigables con el ambiente, cuyos procedimientos productivos no comporten el uso de energías nocivas para el ecosistema, sino que por el contrario se utilicen energías renovables y limpias; y que cumplan con estándares técnicos de salubridad y ambientales; garantizando así que no se cause daño a la naturaleza en su conjunto, a otras especies, o que se ponga en riesgo a las próximas generaciones.¹⁴⁴

Según lo mencionado, el trabajo conjunto de las instituciones involucradas resulta prioritario, porque confluyen aspectos de variada índole: planificación, análisis del mercado, priorización de las obras, bienes, servicios y consultorías a contratar, optimización del gasto público, posibles impactos ambientales, económicos y sociales, desarrollo sustentable y sostenible, innovación en las compras públicas, entre otros; todo lo que en suma debe contribuir a la consecución del *buen vivir*.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ministerio del Ambiente.

¹⁴¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 6*, Registro Oficial 16, Suplemento, 16 de junio de 2017, art. 2. Entiéndase Ministerio de Agricultura y Ganadería.

¹⁴² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 559*, Registro Oficial 387, Suplemento, 13 de diciembre de 2018, arts. 1 y 2. Cabe aclarar que originalmente el Código Orgánico del Ambiente se refería al MIPRO; sin embargo, con el mencionado decreto se fusionó el MCEI con el MIPRO, Proecuador, y el MAP, dando lugar al MPCEIP; por lo que para efectos del COAM la autoridad nacional aludida es este último.

¹⁴³ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, art. 246.

¹⁴⁴ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 35, 40 y 43.

¹⁴⁵ Ecuador Ministerio del Ambiente, “MAE consolida propuesta regional sobre Compras Públicas Sostenibles”, *Ministerio del Ambiente*, accedido 28 de septiembre de 2019, párrs. 3-6 y 8 <http://www.ambiente.gob.ec/mae-consolida-propuesta-regional-sobre-compras-publicas-sostenibles/>

4.9. Régimen jurídico-administrativo del sector público

El Código Orgánico Administrativo, vigente a partir del 7 de julio de 2018,¹⁴⁶ recoge el recurso de apelación en materia de contratación pública y dispone que se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes; así como también, quienes tengan interés directo en el respectivo proceso, dispondrán del término de tres días contados desde la notificación de tales actos para formular su impugnación; mientras que la institución adjudicadora tendrá un término de hasta siete días desde la interposición para pronunciarse.

Debemos mencionar que la presentación del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, pero si no lo tramita en el término antes indicado, el Sercop suspenderá la continuación del procedimiento de contratación pública en su portal institucional, hasta que se resuelva sobre el recurso interpuesto, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

Si observamos la redacción que consta en la LOSNCP, es prácticamente la misma,¹⁴⁷ por lo que según mi opinión dicho artículo se suprime expresamente por mandato de la disposición derogatoria primera del COA, aunque lo deseable hubiese sido que se lo elimine de forma específica, tal y como lo hace dicho código en sus siguientes disposiciones.¹⁴⁸

Para concluir esta sección debo indicar que, en el acápite sobre la contratación pública como parte del derecho administrativo y del derecho público, me referí a las distintas actuaciones mediante las cuales las administraciones públicas expresan su voluntad, siendo estas: actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y actos normativos; las que están recogidas en el COA, por lo que me remito a lo expresado anteriormente.

¹⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 231.

¹⁴⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 103.

¹⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, disposición derogatoria primera. Esta contiene una *derogatoria expresa* pero de carácter *general*, que abroga todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando, y que constan en otras leyes. Empero lo deseable es que las derogatorias expresas sean *concretas*, porque las *generales* suelen causar tantos inconvenientes como las *derogatorias tácitas*.

5. La relación de la contratación pública con el derecho privado

La razón de ser de la contratación pública es la satisfacción de una necesidad pública –ya sea esta la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, el aprovisionamiento de un producto, la adquisición o el arrendamiento de un bien,¹⁴⁹ o la realización de una consultoría–,¹⁵⁰ que inicia con la realización de un procedimiento de contratación, para posteriormente suscribir el respectivo contrato administrativo, que se ejecuta bajo la supervisión de un administrador contractual y en observancia del pliego correspondiente.

Para alcanzar tal propósito, es indispensable cumplir los objetivos que se buscan tanto en la etapa precontractual como de ejecución,¹⁵¹ de tal forma que, tratándose de la primera etapa, se pueda garantizar una contratación que responda al *debido procedimiento*,¹⁵² y que evite incurrir en las *prohibiciones* previstas en la LOSNCP,¹⁵³ o en general en las *nulidades* establecidas en aquella o en el cualquier otra ley que forme parte del derecho público.¹⁵⁴

De aquí –según mi criterio–, es precisamente de donde surge la importancia de generar una sinergia entre la contratación pública con el derecho privado, porque como lo mencioné al inicio, sea que las normas de este último se integren por analogía, por supletoriedad, o por ser de común aplicabilidad al derecho público, deben ser observadas por parte de las entidades contratantes y de sus servidores públicos, previsto así por expreso mandato constitucional.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 6 núm. 5. Esta disposición establece que cuando se trate de fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento se considerará de adquisición, incluida la contratación de bienes que son objeto de arrendamiento mercantil con posibilidad de compra.

¹⁵⁰ Pablo Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015), 20-1.

¹⁵¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 36. Establece que el proceso de contratación está conformado por las etapas de preparación, selección, contratación, ejecución y pos contractual.

¹⁵² Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*, 124.

¹⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 64. Este determina que la celebración de un contrato contra expresa prohibición de aquella, será causal de terminación anticipada y unilateral del respectivo contrato.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 65 núm. 1. Establece que los contratos administrativos regidos por dicha ley serán nulos por las causas generales establecidas en la ley, es decir en este caso no se hace referencia únicamente a las causales que prevé la ley de la materia sino cualquier otra ley del ordenamiento jurídico público.

¹⁵⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 226. Prescribe que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y aquellas personas que actúen sobre la base de una potestad estatal, únicamente pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y en la ley.

Contravenir lo anterior puede implicar que la actuación o la declaración de voluntad –materializada en un contrato–, sea nula de nulidad absoluta¹⁵⁶ y por tanto no susceptible de ser convalidada o saneada por iniciativa propia o por el paso del tiempo, considerando que la irregularidad sería de tal magnitud que podría ser alegada no solo por las partes, sino por cualquiera que tenga interés en hacerlo, e inclusive por el juez sin necesidad de que medie petición alguna, debido al interés público involucrado.¹⁵⁷

Es así que, el cumplimiento de todas las leyes que conforman el ordenamiento del derecho público, además de los empleados públicos,¹⁵⁸ también involucra a quienes como personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, individualmente o en consorcio actúan en calidad de oferentes, adjudicatarios o contratistas,¹⁵⁹ sin que puedan alegar el desconocimiento de aquellas,¹⁶⁰ y, menos aún, que pretendan beneficiarse de su propia culpa o dolo,¹⁶¹ aduciendo que desconocían el contenido de otras leyes aplicables en materia de contratación pública y que no necesariamente se encuentran en la LOSNCP, su reglamento general o en las resoluciones emitidas por el Sercop.

Para autores como García de Enterría y Fernández Rodríguez, en materia de contratos administrativos el *entrecruzamiento* del derecho público con el derecho privado resulta innegable, pero se debe tener presente que su *núcleo* es siempre público,¹⁶² lo que en mi opinión está sustentado por dos aspectos fundamentales; el primero el *interés general*; y, el segundo, la utilización de *recursos públicos*,¹⁶³ inclusive en aquellos casos

¹⁵⁶ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1478. Este dispone que existe objeto ilícito en todo lo que contravenga el derecho público ecuatoriano; y, si consideramos que los arts. 9, 1461, 1697 y 1698, establecen que son nulos todos los actos o contratos a los que les falte uno de los requisitos establecidos en la ley –entre ellos un objeto lícito–, siendo esta nulidad absoluta, y por tanto se constituyen en vicios que no admiten convalidación.

¹⁵⁷ Juan Pablo Aguilar Andrade, “La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados”, *Foro: Revista de derecho*, n.º 13 (2010): 55-6.

¹⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, art. 22 lit. a). Establece como uno de los deberes de los servidores públicos, respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la ley.

¹⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 83 núms. 1 y 12. Prescriben que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, observar y cumplir la Constitución, las leyes y las decisiones legítimas de las autoridades competentes; y, ejercer las profesiones y oficios dentro del marco de la ética.

¹⁶⁰ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 13. Establece que la ignorancia en el conocimiento de la ley no excusa a persona alguna de cumplimiento.

¹⁶¹ *Ibíd.*, art. 1699. Este recoge una de las máximas del derecho (público y privado), como lo es el hecho de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza, y dispone que la *nulidad absoluta* no puede alegarse por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

¹⁶² García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 60, 62 y 65.

¹⁶³ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 76. Esta norma establece que los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de *recursos públicos*, hasta el momento de ser devengados; y

en los que las instituciones estatales hayan adoptado una forma organizativa de derecho privado, o cuando las empresas privadas aunque no tengan participación estatal, utilicen recursos públicos;¹⁶⁴ siendo estas las razones por las que están sujetas al control del Estado por intermedio de sus respectivos órganos.¹⁶⁵

De lo expuesto en el presente capítulo, se evidencia la relación y la articulación que debe haber entre la contratación pública con el derecho privado y sus diferentes divisiones, lo que nos lleva a afirmar que aun cuando aquella se trate de una rama especializada del derecho administrativo, no es menos cierto que quienes hacen contrataciones a diario, deben tener presente que una visión global de aquella implica su adecuada aplicación.

Afirmar que la contratación pública inicia y termina en la normativa del SNCP no solo conlleva desconocer la vinculación que tiene con otras ramas del derecho público y privado, sino que puede traer como consecuencia la inobservancia de normas del ordenamiento público que son de cumplimiento obligatorio, y que en determinadas situaciones son de una gran utilidad al momento de resolver situaciones complejas, además de evitar incurrir así en posibles responsabilidades administrativas, civiles o penales.

Pese a que la LOSNCP cumplió más de una década de vigencia, al igual que el órgano rector de la compras públicas, considero que se ha avanzado escasamente en cuestiones que resultan de vital trascendencia para el SNCP, como lo es la interconexión e interoperabilidad de los sistemas de información y bases de datos, y de las plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados, del Sercop y otras instituciones públicas,¹⁶⁶ lo que permitiría cumplir varios de los principios que rigen a la

además dispone que se considera como tales a aquellos definidos en el art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que considera como tales a todos los bienes, los fondos, los títulos, las acciones, las participaciones, los activos, las rentas, las utilidades, los excedentes, las subvenciones y a todos los derechos que pertenecen sea al Estado o a sus instituciones, cualquiera que sea la fuente de procedencia, inclusive los que provengan de préstamos, de donaciones y demás entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales e internacionales. Además no pierden su calidad de tales si estos llegan a ser administrados por fundaciones, corporaciones, sociedades civiles, empresas mercantiles y otras entidades de derecho privado, independientemente de su origen, creación o constitución, hasta que esos títulos, participaciones, acciones o derechos que representen esos patrimonios, sean transferidos a personas naturales o jurídicas de derecho privado, según lo previsto en la ley.

¹⁶⁴ Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, *Derecho administrativo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017), 239.

¹⁶⁵ Principalmente la contraloría y procuraduría generales del Estado.

¹⁶⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 10 núm. 11, y 98 inc. segundo. Establecen como atribución del Sercop, impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados. Respecto al registro de

administración pública, como lo son la *eficacia, eficiencia, coordinación y transparencia*; ¹⁶⁷ este último que también es un principio de la contratación pública; y, considerando además la ausencia de la libertad contractual que rige en esta materia; ¹⁶⁸ situaciones a las que me referiré posteriormente.

incumplimientos, prevé que el mencionado órgano rector y las instituciones del SNCP deben gestionar la interoperabilidad e interconexión de sus sistemas de información y de sus bases de datos.

¹⁶⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 227. Establece como principios de la administración pública: la eficacia, la eficiencia, la calidad, la jerarquía, la desconcentración, la descentralización, la coordinación, la participación, la planificación, la transparencia y la evaluación.

¹⁶⁸ Francisco Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 40.

Capítulo segundo

La articulación normativa de la contratación pública con el derecho privado ecuatoriano

1. Normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública y su relación con otras ramas del derecho privado

A partir de la expedición de la Constitución del año 2008, el Ecuador ha experimentado una paulatina e incesante renovación de la normativa que formaba parte del derecho público, en otros casos se ha alimentado con la expedición de leyes y códigos que anteriormente no existían, y también se han reformado parcialmente múltiples cuerpos legales.

En materia de contratación pública se produjeron cambios sustanciales, tanto en la legislación como en la institucionalidad, porque se expidió una ley orgánica, que derogó a leyes ordinarias que regulaban los contratos públicos, que se encontraban dispersas en el ordenamiento legal ecuatoriano;¹⁶⁹ y, también se expidió la correlativa normativa secundaria para la plena aplicación del denominado Sistema Nacional de Contratación Pública, así como se creó un ente rector, esto es el Instituto Nacional de Contratación Pública, que en el 2013 fue sustituido por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Ahora bien, una vez expedida la LOSNCP, su reglamento general y las resoluciones del Sercop, la praxis de las compras públicas por parte de los servidores públicos y de los proveedores de las entidades del Estado se ha circunscrito a dicha normativa, dejando de lado la importante vinculación que tiene esta con otros cuerpos legales de derecho público y de derecho privado.

La situación anterior ha conllevado a una aplicación de la normativa de contratación pública que ha inobservado otras normas del ordenamiento jurídico que

¹⁶⁹ Si consideramos lo que establece el primer considerando de la LOSNCP, expone la necesidad de crear un sistema que permita articular y armonizar a todas las instancias, organismos e instituciones del Estado en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes, la contratación de servicios y la ejecución de obras públicas realizados con dineros públicos. Esto se dio, porque la anterior ley ordinaria de la materia, establecía que no se someterán a las disposiciones establecidas en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto.

tienen plena validez y aplicabilidad dentro de su ámbito, y que convergen en consecuencias como la afectación de los intereses de las entidades contratantes, e inclusive intereses de terceros como proveedores del Estado, y de otras personas naturales o jurídicas con intereses legítimos en la tramitación de las distintas etapas de los procedimientos de contratación y en su ejecución misma.

2. Ramas del derecho privado ecuatoriano vinculadas a la contratación pública

De todo lo expresado en el primer capítulo, no cabe duda alguna de que la contratación pública forma parte del derecho administrativo; y, en esa línea de pensamiento, es comprensible que ésta tenga vinculación no solo con otras ramas del derecho, sino inclusive con otras ciencias no jurídicas,¹⁷⁰ pero para efectos de este trabajo únicamente estableceremos las principales relaciones existentes con los ámbitos del derecho privado, principalmente el civil, el societario, de la competencia, la propiedad intelectual y de seguros.¹⁷¹

2.1. Con el derecho civil

Como bien lo expresa el jurista argentino Miguel Marienhoff, existen obvias relaciones entre el derecho administrativo y el derecho civil, porque existen determinados institutos que son de interés común; esto se da fundamentalmente por la aplicación de normas y principios que se encuentran contenidos en el Código Civil. Afirma que existen dos formas de aplicar las normas de derecho privado en el ámbito administrativo; la una es recurriendo a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra, cuando se establece la validez de una norma jurídica general como plenamente aplicable en materia administrativa.¹⁷²

Agustín Gordillo por su parte agrega una tercera forma de relación entre las ramas del derecho en mención, y reconoce que hay instituciones tomadas de lo civil que han evolucionado hasta convertirse en instituciones propias de lo administrativo, con características que resultan inconfundibles, punto en el cual ya no es posible compararlas

¹⁷⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 154.

¹⁷¹ Esta enumeración no es taxativa sino ejemplificativa, relacionada a los casos que se exponen en el siguiente capítulo.

¹⁷² Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 174.

con las figuras de las cuales surgieron y evolucionaron. A guisa de ejemplo menciona los actos de la administración, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el establecimiento de las obligaciones y su extinción, entre otros.¹⁷³

2.1.1. Interpretación de los contratos, remisión expresa y normas supletorias

La LOSNCP establece que los pliegos son los documentos precontractuales elaborados y aprobados por cada entidad contratante para cada procedimiento, que estarán acordes a los modelos establecidos por el Sercop;¹⁷⁴ en lo que respecta a las condiciones generales del contrato, establecen que las normas sobre la *interpretación de los contratos* prescrita en el Código Civil es plenamente aplicable;¹⁷⁵ lo que también concuerda con lo que prevé el reglamento general de la LOSNCP, que dispone que los contratos se registrarán por lo previsto en dicha ley, por su reglamento, por la normativa que emita el Sercop, y de forma supletoria por las disposiciones del mencionado código.¹⁷⁶

Debemos decir que, en materia de contratación pública también deben observarse las normas jurídicas generales, que son aquellas que rigen para todo el ordenamiento jurídico positivo, independientemente si son leyes que rigen al sector público o al sector privado, porque son disposiciones transversales, como lo es el título preliminar del mencionado código sustantivo,¹⁷⁷ en el cual está la definición de ley,¹⁷⁸ la costumbre como fuente del derecho,¹⁷⁹ la interpretación de las leyes,¹⁸⁰ la vigencia de la ley,¹⁸¹ el efecto no retroactivo de las leyes,¹⁸² la solución de conflicto de una ley anterior con otra

¹⁷³ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, VI-3.

¹⁷⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 6 núm. 24.

¹⁷⁵ Título XIII del Libro IV denominado “De la Interpretación de los Contratos”.

¹⁷⁶ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 112.

¹⁷⁷ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 175.

¹⁷⁸ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1. Define a la ley como la declaración de la voluntad soberana que manda, prohíbe o permite.

¹⁷⁹ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 3 inc. segundo; que coincide con lo previsto en el art. 2 del Código Civil.

¹⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120 núm. 6. Esta disposición constitucional dispone que a la Asamblea Nacional, además de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, le corresponde interpretarlas con carácter generalmente obligatorio; lo que concuerda con el art. 3 del Código Civil ecuatoriano.

¹⁸¹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 6. Dispone que la ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial, salvo que se haya establecido un plazo especial para el inicio de vigencia.

¹⁸² *Ibíd.*, art. 7.

posterior, de la cual podemos destacar que, en materia de contratación pública se debe observar lo relativo a que las meras expectativas no constituyen derecho,¹⁸³ o la aplicación de las leyes vigentes del contrato a la fecha de su celebración con sus respectivas excepciones;¹⁸⁴ la nulidad de los actos o contratos;¹⁸⁵ la renunciabilidad de ciertos derechos;¹⁸⁶ el caso fortuito o la fuerza mayor,¹⁸⁷ la presunción legal,¹⁸⁸ el abuso del derecho,¹⁸⁹ y la derogatoria de las leyes.¹⁹⁰

2.1.2. La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado y la indemnización de daños y perjuicios

En contratación pública se han adoptado los conceptos de la *responsabilidad contractual* y *responsabilidad extracontractual* del derecho civil; la primera de ellas que evidentemente surge como consecuencia del incumplimiento en la ejecución de un contrato, lo que produce un hecho perjudicial a la parte que sí ha atendido sus obligaciones, y por tanto se le deben resarcir los daños ocasionados.¹⁹¹ En principio podemos decir que la LOSNCP al igual que el Código Civil, recoge la *condición resolutoria* para los contratos sujetos a su ámbito, facultando a las entidades contratantes

¹⁸³ *Ibíd.*, art. 7 núm. 6. Verbigracia en el art. 47 del RGLOSNCPP, establece que en el caso de la subasta inversa electrónica, la negociación alcanzada en los casos de que exista un solo oferente, no significa adjudicación de contrato.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, art. 7 núm. 18. Esta regla es aplicable para el caso de reforma de las leyes, que tratándose de la LOSNCP, fue reformada en los años 2009, y desde el 2013 al 2018.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, arts. 10 y 1478. En concordancia con dichas disposiciones, el art. 65 de la LOSNCP tipifica los casos en los que procede la nulidad de un contrato administrativo al amparo de ella.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 11. El RGLOSNCPP en el art. 131, prevé la posibilidad de renuncia del derecho al reajuste de precios, derecho individual de interés del contratista.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 30. La institución del *caso fortuito* o *fuerza mayor*, atraviesan a varios de los institutos previstos en la LOSNCP, como lo son las situaciones de emergencia, la modificación del plazo de ejecución de los contratos integrales a precio fijo, la terminación de mutuo acuerdo y la terminación anticipada y unilateral de los contratos, la resolución del contrato por causas imputables a la entidad contratante: Igual situación sucede con algunos casos previstos en la codificación del Sercop, como la suspensión del servicio que imposibilite acceder al portal de compras públicas, o la exclusión y suspensión de proveedores de los catálogos electrónicos.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, art. 32. Según el art. 81 de la LOSNCP, en los casos en los que hubiere mediado solicitud del contratista, y que la entidad contratante no formulare pronunciamiento alguno, ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el RGLOSNCPP, se presume que la recepción se ha producido de *pleno derecho*.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, art. 37. Podemos mencionar los arts. 64 y 65 de la LOSNCP.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, art. 38.

¹⁹¹ Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2016), 100.

y a sus contrapartes a terminar un contrato cuando no se ha cumplido lo pactado,¹⁹² pero no por cualquier causa sino por las que prevé la ley de la materia.¹⁹³

En el caso de la *responsabilidad contractual* de un contratista frente a la administración pública por la inadecuada ejecución de contrato, se ha previsto un primer nivel sancionatorio, cuya naturaleza es pecuniaria y tiene como fin corregir la conducta de aquel, mas no terminar la relación contractual unilateralmente.¹⁹⁴ Por el contrario si un contrato no se ha ejecutado, o si como consecuencia de la imposición de multas no se ha logrado restablecer la adecuada ejecución, el Estado y sus instituciones cuentan con la potestad para finalizar el contrato de forma anticipada y unilateral, a fin de salvaguardar el interés institucional en particular y el interés público en general;¹⁹⁵ lo que conlleva además la ejecución de las garantías respectivas según cada caso en particular.

Igualmente, en la propia LOSNCP se otorga a las entidades contratantes la atribución para demandar la indemnización de los *daños y perjuicios* ocasionados por la falta o inadecuada ejecución de los contratos sujetos a su ámbito.¹⁹⁶ No obstante hay que tener presente que este resarcimiento también puede ser reclamado por los contratistas a sus contrapartes públicos, en el caso de que se haya practicado la liquidación de lo ejecutado, y la institución no haya honrado sus obligaciones pecuniarias.¹⁹⁷ Debemos decir también que, la falta de suscripción del contrato a favor de un oferente que ha resultado adjudicado –atribuible a la administración–, habilita al afectado a demandar los *daños y perjuicios*; y de ser así, se podrá repetir contra los funcionarios responsables de tal situación.¹⁹⁸

Amerita también comentar la *responsabilidad contractual* derivada de incumplimientos atribuidos a las entidades contratantes, pues si este es el caso, los contratistas están facultados para demandar la resolución del contrato por las causas tipificadas en la LOSNCP,¹⁹⁹ y que se resumen en órdenes directas e inmediatas de parte

¹⁹² Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1505.

¹⁹³ Para el caso de nuestro estudio tienen incidencia las causales que prevé en los arts. 94 y 96 de la LOSNCP. No está por demás aludir a que el núm. 6 del art. 94, faculta a las entidades contratantes a establecer contractualmente otras causales para su terminación unilateral.

¹⁹⁴ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 469.

¹⁹⁵ García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 820-1.

¹⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 95 inc. penúltimo.

¹⁹⁷ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 125 inc. segundo.

¹⁹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 69 inc. penúltimo.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, art. 96.

de aquellas, sin que medie justificativo alguno; vicios del proyecto que debe ejecutar;²⁰⁰ incumplimiento de obligaciones contractuales del ente público; y, razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente corroboradas.²⁰¹

Respecto de la *responsabilidad extracontractual* no se encuentra prevista en la legislación de contratación pública, pero sí está desarrollada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano²⁰² y nace como consecuencia de lo previsto en nuestra Constitución.²⁰³ En el caso de nuestra materia de estudio debo mencionar que nos referimos a la responsabilidad extracontractual de naturaleza *objetiva*,²⁰⁴ porque las entidades contratantes pactan la ejecución de obras, adquisición de bienes y la prestación de servicios necesarios para satisfacer necesidades colectivas y así cumplir con sus finalidades.²⁰⁵

Sobre la base de lo establecido en el COA la *responsabilidad extracontractual objetiva* en contratación pública es *directa* del Estado, considerando que los contratistas del sector público no actúan en calidad de *delegatarios* ni se constituyen en *concesionarios*, casos estos últimos en los que la responsabilidad estatal es *subsidiaria*.²⁰⁶

No obstante lo anterior, el Estado debe ejercer su *derecho de repetición*, si como consecuencia de una *reclamación* responde por una *reparación por daños causados*, que bien puede ser *patrimonial*, es decir restituyendo las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban con anterioridad a la afectación; o, en su defecto *pecuniaria*, que a su vez puede pagarse en *especie*, o en pagos prorrateados para lograr

²⁰⁰ Jesús González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 7.ª ed., (Navarra: Aranzadi, 2015), 130.

²⁰¹ Ecuador, *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública*, Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017, art. 96. De las causales que prevé esta disposición, la primera y cuarta son un desarrollo de la *condición resolutoria* y del *caso fortuito o fuerza mayor* que establece el Código Civil; la segunda corresponde a disposiciones dadas por la administración pública de forma inmotivada; y la tercera a falencias del proyecto detectadas por el contratista durante la ejecución de una obra.

²⁰² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, arts. 330 al 344; Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, arts. 209 al 213.

²⁰³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 núm. 9. Establece que el deber primordial del Estado es respetar y hacer que se respeten los derechos garantizados en aquella, y que sus delegatarios, concesionarios y en general toda persona ejerza una potestad pública, están obligados a reparar las vulneraciones de los derechos de los particulares, ya sea por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, así como también por las acciones u omisiones de sus servidores públicos en el desempeño de sus respectivos cargos; de tal forma que el Estado puede ejercer el derecho de repetición en contra de los responsables del daño que se hubiere producido, y sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar.

²⁰⁴ ²⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 330 inc. primero. De su lectura se evidencia que se refiere a la responsabilidad extracontractual *subjetiva* –consecuencia de un acto u omisión ilícita–, y *objetiva* –producto de una actividad lícita–.

²⁰⁵ Efraín Pérez Camacho, *Derecho administrativo*, 4.ª ed., vol. 2, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 321.

²⁰⁶ Lo dicho se desprende del análisis de los arts. 330 y 332 del COA.

una debida reparación, o por convenir al interés general; pero en ambos casos deberá pactarse así con el afectado.²⁰⁷

2.2. Con el derecho societario

El Código Civil clasifica a las personas en naturales y jurídicas,²⁰⁸ y en el caso de estas últimas establece que son de dos especies: corporaciones y fundaciones; pero de igual forma hace una necesaria aclaración, determinando que en el caso de las personas jurídicas industriales, a las que actualmente las conocemos como sociedades mercantiles, se rigen por la Ley de Compañías.²⁰⁹

Al amparo de la LOSNCP, se considera como proveedor a toda persona jurídica nacional o extranjera, que se encuentre inscrita en el RUP, habilitada para ejecutar obras, proveer bienes y prestar servicios o realizar consultorías, requeridos por las entidades estatales contratantes;²¹⁰ lo que implica que, realizado el respectivo procedimiento de contratación –como en efecto sucede–, las compañías mercantiles asumen la calidad de contratistas; sin embargo, debemos tener presente que detrás de ellas se encuentran otras personas naturales y jurídicas, razón por la que a continuación analizaremos los aspectos en los que confluyen la contratación pública y el derecho societario.

2.2.1. Inhabilidades de las personas jurídicas mercantiles

Generalmente quienes forman parte de las compañías son personas físicas, y en ciertos casos otras personas morales, quienes deciden asociarse mediante el aporte de capitales o de industrias, para emprender en operaciones mercantiles con fines de lucro, cuyo fin último es la participación de las utilidades en caso de haberlas.²¹¹ Constituida la

²⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 336.

²⁰⁸ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 40.

²⁰⁹ En su momento el Código Civil decía que se regirán por las disposiciones del Código de Comercio, pero las normas relativas a las compañías de comercio y de cuentas en participación fueron derogadas por la Ley General de Compañías de Seguros, esta última a su vez también se reemplazó, y actualmente las diferentes especies de empresas se sujetan a lo determinado en la vigente Ley de Compañías, excepto las públicas que se rigen por su ley propia, y supletoriamente aquella.

²¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 6 núm. 28.

²¹¹ Ecuador, *Codificación de la Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, art. 1. En este se define a la compañía como el contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

empresa, y una vez iniciadas sus actividades, su principal objetivo será la comercialización de los bienes o servicios a su potenciales clientes del sector privado, pero también a las instituciones del Estado, sujetas al ámbito de la LOSNCP, quienes demandan a los proveedores del mercado, la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios y la realización de consultorías.

No obstante, la normativa de contratación pública discrimina a ciertos oferentes, fundamentalmente por razones de interés general, por lo que es necesario referirnos a las inhabilidades previstas en la LOSNCP y su reglamento,²¹² que inicialmente estaban dirigidas a las *personas naturales*, por lo que en los primeros meses de su vigencia, se realizaron contrataciones con *personas corporativas*, en sus diferentes especies, que a su vez tenían como accionistas o partícipes a individuos impedidos de contratar con el Estado y sus instituciones; situación que posteriormente fue corregida en el RGLOSNCP,²¹³ mediante decretos ejecutivos²¹⁴ y por resoluciones del entonces INCOP.²¹⁵

Dicho lo anterior, según la LOSNCP la primera inhabilidad está dirigida a los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores públicos, quienes podrían crear compañías o adquirir acciones o participaciones de otras previamente establecidas, pero en caso de hacerlo, no son aptos para contratar con el Estado y sus instituciones.²¹⁶ En otros casos existe la posibilidad de que los empleados públicos de la entidad contratante, a su vez formen parte de sociedades mercantiles que están calificadas como proveedoras, pero al momento de participar se pueden presentar conflictos de intereses,²¹⁷ porque podrían

²¹² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 62 y 63; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 110 y 111.

²¹³ El primer RGLOSNCP se expidió mediante decreto ejecutivo 1248 de 8 de agosto de 2008, publicado en el Registro Oficial Suplemento 399 de la misma fecha, que posteriormente fue derogado por el actual y vigente RGLOSNCP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009. En este último se incluyeron los arts. 110 y 111, que complementan los arts. 62 y 63 de la LOSNCP.

²¹⁴ El entonces Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, expidió el decreto ejecutivo 1793 de 20 de junio de 2009; publicado en el Registro Oficial 621 de 26 de junio de 2009; modificado por el decreto ejecutivo 144 de 19 de noviembre de 2009, publicado en el Registro Oficial 79 de 2 de diciembre de 2009.

²¹⁵ El Instituto Nacional de Contratación Pública de la época, expidió la resolución INCOP n.º 028-09 de 3 de julio de 2009, derogada por la resolución INCOP n.º 037-09 de 27 de noviembre de 2009. El contenido de esas resoluciones actualmente está incorporado en los arts. 61 a 64 de la codificación y actualización de resoluciones del Sercop.

²¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 62 núm. 2.

²¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 232 inc. segundo. Esta disposición prescribe que los servidores públicos están obligados a

facilitar información que sitúe a sus empresas y a las de sus parientes, en una posición privilegiada frente a otros participantes;²¹⁸ o en su defecto podrían integrar órganos encargados de las etapas preparatoria o precontractual de los procedimientos de compras públicas, o intervenir personalmente en dichas fases, de tal forma que su actuación pudiese beneficiar a sus empresas y a las que pertenezcan a su parentela, siendo esta la justificación de la inhabilidad; que se extiende inclusive a aquellos funcionarios que hubieren renunciado a sus cargos.²¹⁹

Igualmente se debe tener en cuenta que quienes hayan sido suspendidos en el RUP como personas naturales,²²⁰ ya sea por haber sido declarados contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos,²²¹ o que estuvieren impedidos por alguna otra causa temporal prevista en el ordenamiento jurídico,²²² no pueden suscribir contratos sujetos a la LOSNCP; hasta que se superen las causas o una vez que hayan transcurrido los períodos previstos en la ley;²²³ pero en otros casos están sometidos a la más drástica de las sanciones administrativas en materia de contratación pública, esto es a la imposibilidad permanente de suministrar productos a las entidades del sector público.²²⁴

abstenerse de actuar en aquellos casos en los que sus intereses entren en conflicto con los de la institución en la laboran.

²¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 62 núm. 3, y art. 63 núm. 1.

²¹⁹ *Ibíd.*, art. 63 núms. 2, 3, 4 y 5.

²²⁰ *Ibíd.*, art. 62 núms. 4 y 5.

²²¹ *Ibíd.*, art. 19 núm. 1. Dispone que la sanción de *contratista incumplido* será de cinco años, y en el caso de los adjudicatarios fallidos de tres años, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de declaratoria de adjudicatario fallido, respectivamente.

²²² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 19 núm. 2, y art. 106 y 107. La primera norma citada establece la suspensión temporal de un proveedor por no actualizar la información requerida por el Sercop, sanción que se mantendrá hasta que se cumpla con dicha obligación. Las dos últimas disposiciones en mención prevén algunas situaciones susceptibles de sanción temporal progresiva, como el caso de la participación en procedimientos de contratación sin estar habilitado en el RUP; haber proporcionado información falsa o realizar una declaración errónea dentro de un procedimiento de contratación; o, utilizar el portal de compras públicas para fines distintos de los establecidos en la normativa del SNCP.

²²³ *Ibíd.*, art. 19 inc. penúltimo.

²²⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, disposición general vigésima primera. Define a la *obsolescencia programada* como las técnicas usadas por un fabricante, distribuidor o importador de bienes, para reducir intencional e injustificadamente su duración, con el fin de que sean reemplazados en menor tiempo; y, dispone además que, en el caso de determinarse que los bienes entregados adolezcan de dicha obsolescencia, quedarán impedidos permanentemente para contratar con el Estado. Empero debo hacer notar que la disposición versa para el caso de uno de todos los tipos de objetos que pueden contratarse al amparo de la LOSNCP, como lo es el caso de los bienes, por lo que se entiende que si los *proveedores* eventualmente tienen en su giro del negocio la ejecución de obras o la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, los podrían seguir ofreciendo.

También tenemos el caso de personas físicas que son deudores morosos del Estado o sus instituciones,²²⁵ quienes podrían pretender contratar con las entidades públicas por intermedio de personas jurídicas creadas para el efecto, y así continuar en mora del pago de sus obligaciones pecuniarias, que por lo general son de orden tributario, laboral, de seguridad social y por créditos otorgados por la banca pública.

Por último, las personas naturales y colectivas, y los representantes legales de estas, están impedidos de contratar con las instituciones estatales, cuando hubieren realizado los estudios, diseños y proyectos de ingeniería o arquitectura, y el objeto de la siguiente contratación sea la ejecución de las obras relacionadas con aquellos; o cuando se trate de contrataciones de bienes, si tales personas hubieren elaborado las especificaciones técnicas de los productos a adquirir; excepto en aquellos casos en los que la contratación tenga por objeto la fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos de las obras o bienes, según el caso.²²⁶

2.2.2. El desvelamiento societario²²⁷

Todas las sociedades comerciales constituidas al amparo de la Ley de Compañías deben observar lo dispuesto en ella, pero en materia de contratación pública, para habilitarse como oferentes de las entidades contratantes del Estado, deben someterse a la LOSNCP, observando que las inhabilidades establecidas para las personas naturales, son igualmente aplicables cuando los individuos forman parte de personas jurídicas calificadas como proveedoras. No obstante, como ya lo mencionamos anteriormente, han existido casos en los que efectivamente se han eludido esas incapacidades, y se ha adjudicado, suscrito contratos y recibido los objetos contractuales a entera satisfacción de las entidades contratantes, sin que haya habido una advertencia por parte de los servidores públicos respecto a tales situaciones.

Tratándose de las sociedades mercantiles, existen disposiciones legales que obligan a las entidades contratantes a corregir las inconductas de las personas naturales que se ocultan, o pretenden hacerlo, usando figuras empresariales para transgredir

²²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 62 núm. 6.

²²⁶ *Ibíd.*, art. 63 núm. 2.

²²⁷ También se la conoce como superación de la personalidad jurídica, desestimación de la personalidad jurídica, levantamiento del velo societario, inoponibilidad de la personería jurídica, y penetración a la personalidad jurídica.

expresas disposiciones legales de la LOSNCP y su normativa secundaria; por lo que al convocar a los diferentes procedimientos de contratación, debe incluirse en los pliegos el requerimiento de información para determinar quiénes son los accionistas o partícipes mayoritarios de cada uno de las compañías oferentes; y, en el evento de que uno o varios socios de la compañía, sean a su vez otra u otras personas jurídicas, tiene que identificarse a las personas físicas que las conforman estas últimas; y así de forma sucesiva hasta establecer la propiedad a nivel de los individuos.²²⁸

Conocida la documentación que permita determinar a las personas corporales que están detrás de las compañías, en la etapa de calificación del respectivo procedimiento de contratación, las entidades contratantes deben utilizar esa información para verificar la existencia de las inhabilidades generales y especiales proscritas por la normativa principal y secundaria del SNCP.²²⁹ Sin embargo, cuando las partes han procedido a la firma del contrato, se lo puede terminar anticipada y unilateralmente, por haberse suscrito contra expresa disposición de la LOSNCP,²³⁰ procedimiento que se desarrolla en sede administrativa.²³¹

Asimismo, existe la posibilidad de que la Procuraduría General del Estado, tan pronto como conozca de la situación contraria a derecho, está obligada a demandar la nulidad de esos contratos, por las causas generales previstas en la ley,²³² pero no limitándose únicamente a las previstas en la LOSNCP, sino a otras contenidas en el ordenamiento jurídico, como lo es la Codificación de la Ley de Compañías, que contiene expresas disposiciones sobre los actos ejecutados por los socios o accionistas de las empresas sometidas a su ámbito, y que pueden conllevar al desvelamiento societario para el ejercicio de acciones, no únicamente en contra de las compañías, sino de las personas naturales responsables de fraudes, abusos o vías de hecho cometidas a nombre de una persona moral.²³³

²²⁸ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 61.

²²⁹ Nos referimos a los arts. 62 y 63 de la LOSNCP, y los arts. 110 y 111 de su reglamento general.

²³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 64.

²³¹ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 64. Establece como excepción para la aplicación de estas disposiciones, a las personas jurídicas que cotizan sus acciones o participaciones en las bolsas de valores nacionales (Quito y Guayaquil) o extranjeras; y para el caso de los procedimientos de ínfima cuantía, porque para estas últimas contrataciones no es indispensable tener RUP.

²³² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 65.

²³³ Ecuador, *Codificación de la Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, art. 17.

Lo antes señalado concuerda con lo que prevé la propia Ley de Compañías, que prescribe que, una vez declarada la inoponibilidad de la personería jurídica, se pueden iniciar acciones legales independientes, destinadas a conseguir la nulidad de la constitución, de los actos o de los contratos suscritos por las sociedades demandadas, según lo previsto en la ley;²³⁴ que en el ámbito de los contratos públicos firmados al amparo de la LOSNCP, se vincula con la atribución conferida a la Procuraduría General del Estado para supervisar su cumplimiento, y de proponer las demandas necesarias en defensa del *patrimonio nacional* o del *interés público*;²³⁵ lo que además se complementa con la *acción pública* que confiere la LOSNCP, y que faculta a cualquier persona a denunciar ante la PGE, la celebración de contratos con personas inhábiles o sobre los que recayera alguna causa de nulidad, para que ese órgano de control analice la procedencia o no de la respectiva acción; sin perjuicio de las demás acciones civiles o penales que fueren procedentes.

En conclusión, tratándose de contratos administrativos suscritos al amparo de la normativa del SNCP, el levantamiento del velo societario por razones de interés general, se sustenta en la necesidad de impedir la vulneración del ordenamiento jurídico por parte de quienes están obligados a observarlo, en este caso a las compañías mercantiles y las personas naturales u otras jurídicas que forman parte de aquellas;²³⁶ con mayor razón y rigurosidad si su motivación ha sido el *fraude a la ley*.²³⁷

2.3. Con el derecho de la competencia

Conforme lo afirma la jurista ecuatoriana Inés María Baldeón Barriga, tanto la normativa vigente de contratación pública expedida en el 2008, como la de poder de mercado en vigor desde el año 2011, son relativamente nuevas y se encuentran estrechamente relacionadas, por lo que los diferentes procedimientos de contratación deberían propender a la defensa de la competencia, más aún si consideramos que es el

²³⁴ *Ibíd.*, art. 17B.

²³⁵ Ecuador, *Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, arts. 3 lits. a) y g), y 5 lit. a).

²³⁶ Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, *Derecho administrativo*, 239.

²³⁷ Ecuador, *Codificación de la Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, disposición general tercera. En su parte pertinente dice que la distinción entre la persona jurídica y las personas naturales que la conforman, es inoponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social de constitución fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o para evadir una exigencia o prohibición legal, mediante el fraude a la ley, o por cualquier otro medio similar, siempre que ello derive en perjuicios a terceros.

Estado, por intermedio de sus diferentes instituciones, el que demanda la mayor cantidad de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría.²³⁸

Lo primero que debemos observar es la actuación de los *proveedores* sujetos al Sistema Nacional de Contratación Pública, que al amparo de la normativa de competencia se constituyen en *operadores* o *agentes económicos*, y por tanto su conducta también debe observar lo previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.²³⁹ Empero debo indicar que a pesar de que el ámbito de la última ley abarca a los sujetos económicos del sector público,²⁴⁰ existe un régimen constitucional y legal de excepción para estos, principalmente por consideraciones de interés general,²⁴¹ situación objeto de debate si analizamos que en otros casos no deberían darse estas distinciones, debido a la consonancia entre la libre competencia y la no discriminación que prevé la normativa de poder de mercado; y la igualdad, el trato justo y la concurrencia que pregona la contratación pública.

Quizás el único desacuerdo se produce entre el derecho de la competencia y la contratación pública en lo concerniente al principio de participación nacional, que no está a nivel solo de ley sino inclusive se encuentra constitucionalizado;²⁴² y, de ahí que se podría afirmar de inicio que contraría el principio de la eficiencia económica competencial;²⁴³ discusión a la que habría que agregarle otro ingrediente más, como lo son las disposiciones contenidas en el Acuerdo Comercial Multipartes suscrito entre Ecuador y la Unión Europea –vigente desde enero de 2017–, que en el ámbito específico

²³⁸ Inés María Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 24.

²³⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 2. Conceptualiza a los operadores económicos como aquellas personas sean estas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, tengan o no fines de lucro, que actual o posteriormente realicen actividades de tipo económico en todo el territorio nacional o en una parte de él. Pero debemos mencionar también que el art. 1 de la decisión 608 de la CAN de 29 de marzo de 2005, que forma parte del ordenamiento jurídico nacional por mandato constitucional, determina que se considera agentes económicos a toda persona natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes de naturaleza material o inmaterial, o servicios en el mercado, dentro de los cuales se entienden incluidos los gremios o asociaciones que los reúnan. Por ello durante este estudio los usaremos indistintamente cualquiera de las denominaciones mencionadas.

²⁴⁰ Si bien dentro de los *operadores* o *agentes económicos* están las entidades contratantes, no como proveedores sino en su calidad de requirentes de obras, bienes y servicios, para efectos del presente trabajo nos referiremos únicamente a los oferentes del sector privado.

²⁴¹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 223.

²⁴² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 288. Prescribe que en las compras públicas se debe dar prioridad a los servicios y productos nacionales, particularmente los que provengan de la EPS, y de las Mipymes.

²⁴³ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 227-9.

de nuestra materia objeto de análisis, trae consigo modificaciones al sistema de preferencias para la producción nacional que podrían afectar a determinados sectores productivos,²⁴⁴ tema que lo enuncio pero sobre el cual no realizo un análisis por cuanto sobrepasaría la intención de la presente investigación.²⁴⁵

2.3.1. Abuso del poder de mercado

El *poder de mercado* según nuestra legislación,²⁴⁶ o posición dominante,²⁴⁷ posición de dominio, poder de dominio o poder de monopolio,²⁴⁸ como se conoce en otras latitudes, es la capacidad de los operadores económicos que, individual o colectivamente y por cualquier medio, influyen significativamente en el mercado, actuando independientemente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

Según la LORCPM la obtención o el reforzamiento de la *posición de dominio* no constituye una situación contraria a derecho, empero si llegare a restringir, impedir, falsear o distorsionar la competencia, o en su defecto, si se atenta contra la eficiencia económica o el bienestar general o de los derechos de los consumidores o usuarios, dicha conducta está sujeta a control, regulación y a las sanciones establecidas en dicha ley de ser el caso.²⁴⁹

²⁴⁴ Juan Fernando Aguirre Rivadeneira, “Incidencia del Acuerdo Comercial Multipartes, ACM en el Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 54, <http://hdl.handle.net/10644/4796>.

²⁴⁵ Para efectos de este trabajo nos concentraremos en exponer sobre los abusos de poder de mercado y los acuerdos y prácticas restrictivas que pueden suscitarse en los procedimientos de contratación, y en el capítulo siguiente se expondrán casos reales.

²⁴⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 7.

²⁴⁷ Unctad, “Ley tipo de defensa de la competencia”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2007, <https://unctad.org/meetings/SessionalDocuments>. Establece que la *posición dominante en el mercado* es la situación en que una empresa, por sí sola o junto con otras, está en condiciones de controlar el mercado respectivo de un determinado servicio o bien, o de un grupo de ellos; y conlleva un grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o varias que actúen en conjunto o constituyan una entidad económica, que actúa de forma independiente de otros agentes de ese mercado.

²⁴⁸ Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ed. Temis, 2011), 91.

²⁴⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 7 inc. segundo, y art. 9 inc. primero.

En materia de contratación pública a criterio de la doctora Baldeón Barriga, se pueden considerar como conductas de abuso del poder de dominio –previstas en la LORCPM– las siguientes.²⁵⁰

1. Las conductas de uno o varios agentes económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.
2. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
3. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
4. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado, por razones diferentes a la eficiencia económica.

2.3.2. Acuerdos y prácticas restrictivas

La LORCPM precisa que los *acuerdos y prácticas prohibidas* constituyen todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más agentes económicos, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser falsear, restringir, impedir o distorsionar la competencia, o cuando afecten de forma negativa la eficiencia económica o al bienestar general.²⁵¹

Si analizamos la definición observamos que necesariamente debe darse entre dos o más operadores económicos, por lo que estamos frente a una conducta que evidentemente resulta ser un *pacto o acuerdo colusorio*, y de aquí de hecho la principal diferencia con el abuso del poder de mercado, en el que la actuación proviene de un solo agente económico.²⁵²

²⁵⁰ *Ibíd.*, art. 9 núms. 1, 7, 19 y 22.

²⁵¹ *Ibíd.*, art. 11.

²⁵² Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 240.

En materia de contratación pública la *colusión* entre dos o más proveedores podría darse para fijar precios, cantidades, repartirse el mercado o participar en componenda en los procedimientos precontractuales, este último considerado el más peligroso y difícil de detectar, por carecer de razones lícitas para justificarse, porque genera distorsiones distributivas y de eficiencia, e implica ciertos costos no productivos para su mantenimiento.²⁵³

Siguiendo lo expresado por la antes citada autora ecuatoriana, las conductas que pueden implicar un acuerdo colusorio en contratación pública, son:²⁵⁴

1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas. [...]
6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación del Estado y sus entidades, o en procesos de contratación privados abiertos al público. [...]
8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. [...]
18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.
19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.
21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos. [...]²⁵⁵

Además de las anteriores, debemos considerar las prácticas restrictivas que constan en el reglamento general de la LORCPM, siendo estas:²⁵⁶

²⁵³ Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 101.

²⁵⁴ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 240-1.

²⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11.

²⁵⁶ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 241-2.

1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controles concertados sobre la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. Repartir de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.
4. Actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. [...]²⁵⁷

2.3.3. Acuerdos horizontales y acuerdos verticales

Lo que nuestra legislación vigente de derecho de la competencia ha denominado acuerdos y prácticas restrictivas, doctrinariamente se conocen como acuerdos horizontales y acuerdos verticales,²⁵⁸ los primeros se originan cuando dos proveedores (agentes económicos) pertenecen a una misma cadena productiva; mientras que los últimos constituyen pactos entre oferentes que se encuentran en diferentes niveles de producción o distribución.²⁵⁹

Los acuerdos antes definidos pueden presentarse en materia de contratación pública en las fases preparatoria y precontractual, cuyas clasificaciones han sido realizadas por la doctrina ecuatoriana, así como también por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública en coordinación con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado,²⁶⁰ que han definido a tales conductas como *estratagemas*,²⁶¹ ante lo cual a continuación expongo una clasificación que recoge todos los elementos:

²⁵⁷ Ecuador, *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo 2012, art. 8. Cabe destacar que según el art. 9 del mismo reglamento, las conductas señaladas en el art. 8, no están sujetas a la *regla del mínimis* que prevé el art. 13 de la LORCPM, en virtud de la cual no interesa si la operación ha sido de pequeña escala o de escasa significación, y en consecuencia que los agentes u operadores económicos no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, porque lo que busca es la sanción de tales actuaciones, razón por la que se ha previsto esta excepción.

²⁵⁸ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 242-3.

²⁵⁹ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 63 y 81.

²⁶⁰ Estas instituciones públicas elaboraron el denominado *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, cuya primera versión se publicó en el año 2015 y no ha sufrido modificación alguna hasta la presente fecha.

²⁶¹ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*. En el glosario de términos se define al *estratagema* como: formas o maneras mediante la cuales los actores del

1. Acuerdos horizontales: dentro de esta categoría podemos encontrar los acuerdos previstos en los números 3 y 6 del artículo 11 de la LORCPM,²⁶² mientras que doctrinariamente existen al menos cinco especies de conductas, que son:²⁶³
 - a) Fijación de precios. Es un acuerdo colusorio entre dos o más competidores (proveedores) sobre el precio del objeto contractual, que se produce antes de la presentación de las ofertas –físicas o electrónicas–, lo que permite la participación con posturas encubiertas y de esta forma controlar el mercado.²⁶⁴
 - b) Posturas encubiertas u ofertas de resguardo. Constituyen artificios usados por los oferentes para presentar propuestas aparentes, de tal forma que solo una es real y en consecuencia aceptable para la entidad contratante.²⁶⁵
 - c) Supresión o eliminación de ofertas. Es una conducta en la que uno o varios oferentes convienen en presentar propuestas conjuntas cuando pudieren presentarlas individualmente; o cuando no concurren o se abstienen de participar en el procedimiento precontractual; o en su defecto cuando deciden retirar sus propuestas antes de que sean analizadas por la contratante, provocando como resultado que se adjudique al participante acordado previamente, o al único postulante que mantuvo su oferta.²⁶⁶
 - d) Asignación de mercados. Consiste en la repartición de mercados entre oferentes que convienen dividirse mercados *geográficos* o *clientes*, por lo que ante convocatorias realizadas en determinadas zonas o por determinadas entidades contratantes, deciden no concurrir a participar, o resuelven retirar sus propuestas

SNCP, evaden los procedimientos adecuados que deben observar para el buen manejo de la contratación pública.

²⁶² Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 248.

²⁶³ Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 104-5.

²⁶⁴ Esta práctica podría traer como consecuencia que el procedimiento de contratación sea declarado desierto por falta de propuestas, induciendo a que la entidad contratante concluya que el estudio de mercado realizado con anterioridad a la definición del presupuesto referencial fue ajeno a la realidad. *Ibíd.*, 104.

²⁶⁵ Tiene dos subespecies: 1) Cuando un proponente presenta una oferta de mayor valor o un valor insignificante que el propuesto por el proveedor que resultará adjudicatario, según el pacto colusorio previo entre ambos competidores; 2) Cuando un oferente presenta una propuesta inadmisibles para la entidad adjudicadora. En ambos casos todos los proveedores participan en el procedimiento de contratación, a sabiendas de cuál será el que resulte adjudicado, por lo que los demás presentan ofertas inaceptables a los intereses de la contratante, en comparación con la que resultará ganadora. Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 244.

²⁶⁶ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 37.

con anterioridad a su análisis, evitando así competir entre sí, garantizando así su participación en su correspondiente circunscripción.²⁶⁷

- e) Rotación de ofertas. Se produce cuando los operadores o agentes económicos coinciden en los procedimientos de contratación pública, pero la adjudicación suele darse por turnos a quien corresponda según lo previamente convenido.²⁶⁸
2. Acuerdos verticales: Anteriormente mencionamos que esta clase de acuerdos se producen entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de producción o distribución, pero la LORCPM²⁶⁹ prevé la posibilidad de que en materia de compras públicas puede darse entre operadores económicos, entendiéndose por tales a los vendedores (proveedores) y compradores (entidades contratantes),²⁷⁰ que pueden direccionar y concentrar la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios de ellos.²⁷¹ De darse estas actuaciones, la norma prevé como efecto la *nulidad de pleno derecho*.²⁷²

Sin perjuicio de lo antes dicho, fuera de los casos que constan en los números 3 y 6 del artículo 21 de la LORCPM, que constituyen *acuerdos horizontales*, y del número 21 de dicho artículo que es *acuerdo vertical*, los demás casos deberían ser objeto de análisis en cada situación específica, para determinar si se trata de uno u otro tipo de acuerdo, atendiendo a la actuación de los agentes económicos.²⁷³

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ *Ibíd.*

²⁶⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 núm. 21.

²⁷⁰ Aun cuando se considera que los funcionarios públicos encargados de llevar adelante los procedimientos de contratación pública no desarrollan actividades económicas, su intervención —en representación de las entidades contratantes—, afectan o pueden afectar tanto el mercado nacional como el contrato público en sí. Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 248.

²⁷¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 2. Se considera como *operadores económicos*, a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen *actividades económicas* en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

²⁷² Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 núm. 21. Prescribe que las únicas exenciones para dichas conductas deben estar previstas en la propia LORCPM, entendiéndose por tales las establecidas en el art. 12 y con observancia de las reglas del art. 10 *ibídem*.

²⁷³ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 249.

De lo que no cabe duda alguna –y en lo que coincido con la doctora Inés María Baldeón– es el hecho de que tanto la *colusión* como la *corrupción* que se presentan en los procedimientos de contratación pública, aun cuando se trate de situaciones diferentes están estrechamente vinculadas, y producen como efecto común que los contratos no sean distribuidos a los competidores más eficientes, sino a aquellos que sobre la base de conductas anticompetitivas han obtenido su adjudicación; lo que a su vez ocasiona que se contraten obras, bienes o servicios por precios superiores, en detrimento de los recursos públicos.²⁷⁴

2.4. Con el derecho de propiedad intelectual

Para el autor ecuatoriano Marcelo Ruiz Carrillo la *propiedad intelectual* es definida como el derecho de las personas respecto de sus creaciones intelectuales, pudiendo ser estas literarias, artísticas, estéticas o inventivas, como una obra, una patente, una marca o una variedad vegetal;²⁷⁵ creaciones que en nuestro país estaban reguladas hasta hace algunos años atrás por la Ley de Propiedad Intelectual²⁷⁶ vigente hasta diciembre de 2016, siendo derogada y reemplazada por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, más conocido como *Código Ingenios*, cuyo libro tercero abarcó y actualizó el contenido de aquella ley.²⁷⁷

Si bien el indicado código incluye varias normas relativas al Sistema Nacional de Contratación Pública, dichas disposiciones se encuentran dispersas en todo su contenido, pero no todas ellas versan sobre nuestro objeto de análisis, como lo es la relación existente entre la contratación pública y la *propiedad intelectual*,²⁷⁸ porque en el libro antes

²⁷⁴ Colusión: Acuerdo entre competidores. Corrupción: Acuerdo entre proveedores y servidores públicos. Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 248.

²⁷⁵ Marcelo Ruiz Carrillo, *Manual de propiedad intelectual* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 1.

²⁷⁶ Ecuador, *Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual*, Registro Oficial 426, Suplemento, 28 de diciembre de 2006.

²⁷⁷ De los cuatro libros que tiene el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el Libro III denominado “De la gestión de los conocimientos” es el más extenso, iniciando en el art. 85 y hasta el art. 597 inclusive; es decir abarca 512 disposiciones de un total de 628.

²⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 66. Este se refiere al *régimen especial* para la contratación directa de servicios, adquisición de bienes e importaciones para la investigación científica responsable, que en aun cuando se trata netamente de contratación pública paradójicamente se encuentra previsto en los arts. 20 al 24 del reglamento general al Código Ingenios, cuando lo óptimo era incorporar tales disposiciones en el reglamento de la LOSNCP.

mencionado solo encontramos dos disposiciones relativas a los procedimientos que prevé la LOSNCP.²⁷⁹

2.4.1. Derechos de autor y derechos patrimoniales

La LOSNCP establece como su objeto la regulación de los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes (muebles e inmuebles), la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluidas consultorías, que requiera el Estado ecuatoriano a través de las diferentes entidades contratantes sujetas al ámbito de dicha ley, sean estas de derecho público o de derecho privado, con capital o participación pública.²⁸⁰ Aquellas contrataciones se realizan principal y mayoritariamente con proveedores del sector privado,²⁸¹ aunque sabemos que esto no se da de manera exclusiva, porque también existe la posibilidad de acudir a la contratación interadministrativa.²⁸²

Si analizamos las contrataciones a las que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, algunas de ellas tienen como factor en común que su objeto contractual puede consistir en trabajos a ejecutarse,²⁸³ que según la doctrina constituirían *obras por encargo*,²⁸⁴ respecto de lo cual el Código Ingenios dispone que los derechos de autor y los derechos patrimoniales corresponden a las entidades contratantes.²⁸⁵

²⁷⁹ El primero relativo a los derechos de autor y derechos patrimoniales de las consultorías, bienes y servicios contratados (art. 116 en concordancia con el art. 115); y el segundo que versa sobre la adquisición de programas informáticos por parte de las entidades contratantes (art. 148).

²⁸⁰ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 8.

²⁸¹ Pérez Camacho, *Derecho administrativo*, 135.

²⁸² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 2 núm. 8; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 98, 99 y 100.

²⁸³ Considerando lo que prevé la LOSNCP, dentro de esta clase de contrataciones tendríamos los núms. 3 y 5 del art. 2, que versan sobre la ejecución de actividades de comunicación social; y, las obras artísticas, literarias o científicas. También lo serían las consultorías previstas en el art. 6 núm. 8 de la ley *ibídem*, es decir toda prestación de servicios profesionales especializados no estandarizados, cuyo objeto sea identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar proyectos y estudios de desarrollo, en sus diferentes niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación; de igual manera lo serían la fiscalización, la supervisión, la auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post; los servicios de asesoría y asistencia técnica, la consultoría de orden legal (que no constituya parte del régimen especial del art. 2 núm. 4 de la LOSNCP); la elaboración de estudios de índole financiera, económica, de organización, de administración, de auditoría y de investigación; así como el desarrollo de programas informáticos.

²⁸⁴ El art. 6 de la derogada Ley de Propiedad Intelectual, las definía como aquellas que se realizan sobre la base de un contrato, y sin que medie una relación de empleo o trabajo entre quien la encomienda y el autor de la obra.

²⁸⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, arts. 115 y 116.

Las *obras por encargo* son aquellas que son contratadas por un *comitente*²⁸⁶ y elaboradas por un *autor*,²⁸⁷ que es contratado para que proceda a realizar una creación a cambio de una remuneración.²⁸⁸ En el caso de los *derechos de autor*,²⁸⁹ son aquellos que tiene una persona sobre su creación intelectual, y se diferencian de los *derechos patrimoniales*, porque estos le permiten al autor explotar su obra en cualquier forma y por ello obtener beneficios.²⁹⁰

Es así que en aquellos contratos sujetos a la LOSNCP, los *derechos patrimoniales* de las consultorías, y demás bienes y servicios contratados dentro de un procedimiento de contratación regulado por dicha ley, la *titularidad* corresponderá a la *entidad contratante*; y en el caso de los demás bienes y servicios, salvo que se hubiere pactado lo contrario, la *titularidad* será del *autor*.²⁹¹

2.4.2. Programas informáticos,²⁹² patentes y marcas

En ciertos casos la necesidad de las entidades contratantes tiene como objeto la adquisición de bienes que ya están desarrollados, o contratar servicios que pueden resultar únicos en el mercado, que tuvieren un único proveedor, que implican el desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la institución requirente, o la utilización de

²⁸⁶ Nos referimos a la persona que encarga, encomienda o comisiona a otro la realización de un trabajo determinado.

²⁸⁷ El art. 6 de la derogada Ley de Propiedad Intelectual, definía al autor como aquella persona natural que realiza una creación de índole intelectual.

²⁸⁸ Ruiz Carrillo, *Manual de propiedad intelectual*, 23-4.

²⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, arts. 108 y 115. La primera de las disposiciones mencionadas establece que solo las personas naturales pueden tener la calidad de *autor* y ser *titulares de derechos*, mientras que las personas jurídicas únicamente son *titulares de derechos patrimoniales*. La segunda norma prescribe que según las disposiciones del título II “De los derechos de autor y los derechos conexos”, en el caso del sector público los derechos de autor corresponden a las entidades contratantes.

²⁹⁰ Ruiz Carrillo, *Manual de propiedad intelectual*, 2 y 14.

²⁹¹ Debemos aclarar que el art. 116 del Código Ingenios se refiere a las obras creadas bajo relación de dependencia, y a las obras creadas por encargo; entendiéndose que las primeras corresponden a aquellas que son producto de autores que tienen la calidad de servidores públicos, y que están sometidos a las disposiciones de la LOSEP, su reglamento general y demás normativa vigente para el sector público; o en su defecto conforme a las normas del Código del Trabajo si se trata de una persona jurídica de derecho privado con participación estatal mayoritaria o financiada con recursos públicos. En el caso de las segundas existen dos formas de contratación del encargo, la una consiste en las obras ejecutadas según lo previsto en las disposiciones generales primera y segunda del Mandato Constituyente n.º 8, arts. 1941 a 1947 del Código Civil, art. 148 del reglamento de la LOSEP, y arts. 15 a 17 del Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente n.º 8; normativa relativa a los contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados, en ambos casos sin relación de dependencia; mientras que la otra forma de contratación es la modalidad de encargo sujeta al ámbito de la LOSNCP, que es la que analizamos en este trabajo investigativo y a la que se refiere el Código Ingenios.

²⁹² La normativa de contratación pública se refiere a estos como *software*.

patentes, marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas; ante lo cual debe aplicarse el respectivo procedimiento de contratación de *régimen especial*.²⁹³

Tratándose de la adquisición de *software*, se debe tomar en cuenta el orden de prelación²⁹⁴ que establece el Código Ingenios, así como lo relativo a la presentación de la justificación ante el órgano respectivo, sobre la imposibilidad de obtener o desarrollar programas informáticos con código abierto que incluya servicios y con componente de valor agregado ecuatoriano; casos en los cuales al ente regulador en materia de gobierno electrónico, le corresponde el análisis respectivo antes de su autorización;²⁹⁵ en el caso de que el *programa informático* fuere único en el mercado o tuviere un único proveedor, podrá aplicarse lo previsto al *régimen especial* antes mencionado.

Cuando se trata de *patentes*, nos encontramos ante el derecho temporal de una persona que es la titular de una invención, que le permite ejercer exclusividad para la explotación de su creación, prohibiendo a terceras personas su utilización, salvo el caso de que obtuvieren la correspondiente licencia de uso,²⁹⁶ o la transferencia del derecho. En el caso de las *marcas*, estas constituyen *signos distintivos* que permiten diferenciar determinados bienes o servicios de otros de similar naturaleza que sean producidos por la competencia;²⁹⁷ y cuyo uso, al igual que las patentes, está sometido al régimen de

²⁹³ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 94 y 95.

²⁹⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 148. El detalle del orden de prelación establecido es:

1. Software o programas informáticos de código abierto, incluyendo los servicios de desarrollo de código fuente, parametrización o implementación con un importante componente de VAE;
 2. Software o programas informáticos en cualquier otra modalidad que incluya servicios con un VAE mayoritario;
 3. Software o programas informáticos de código abierto sin componente mayoritario de servicios de VAE;
 4. Software o programas informáticos internacionales intermediados por proveedores nacionales;
- y,
5. Software o programas informáticos internacionales por intermedio de oferentes extranjeros.

²⁹⁵ *Ibíd.*, art. 148. Esta norma manda que el presidente de la República vía reglamento determine cuál es el ente regulador en materia de Gobierno Electrónico; empero revisado el reglamento al indicado código, no existe referencia alguna a tal institución. Sin embargo mediante decreto ejecutivo 149 de 27 de noviembre de 2013, publicado en el Registro Oficial Suplemento 146 de 18 de diciembre de 2013, se estableció que la Secretaría Nacional de la Administración Pública era la entidad rectora en gobierno electrónico del ejecutivo, es decir de lo que conocemos como administración pública central e institucional. Dicha dependencia se suprimió mediante decreto ejecutivo 5 de 24 de mayo de 2017, publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento 16, de 16 de junio de 2017, que en su art. 2 núm. 3 redistribuyó las competencias de la desaparecida institución, y las correspondientes a gobierno electrónico fueron transferidas al Mintel.

²⁹⁶ Ruiz Carrillo, *Manual de propiedad intelectual*, 35 y 58.

²⁹⁷ *Ibíd.*, 84.

propiedad industrial, mediante transferencia o licenciamiento, salvo las excepciones para su uso previstas en la misma ley.

Si bien las marcas exclusivas se someten al *régimen especial*, los demás bienes y servicios, de cualquier marca, están sometidos al *régimen común* de contratación pública, que las entidades contratantes pueden adquirir a fabricantes o prestadores directos, o en su defecto contratarlos con intermediarios que estén debidamente autorizados como distribuidores o representantes de aquellos en el país; casos en los que las instituciones públicas deberán comprobar rigurosamente, que tales proveedores cuenten con las credenciales suficientes y auténticas para el efecto; lo que les permitirá acceder a bienes y servicios de calidad; pero además, garantizarán indirectamente la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre cualquier marca nacional o extranjera, que haya alcanzado reconocimiento en el mercado; y asimismo, la tutela administrativa y judicial a quienes son titulares de esos derechos.²⁹⁸

2.5. Con el derecho de seguros

En este acápite nos concentraremos en el análisis de las *garantías* instrumentadas en las *pólizas* extendidas por las compañías de seguros establecidas en el país, de lo cual deviene la estrecha relación entre la contratación pública y los *seguros*, la que analizaremos en una doble dimensión: las formas y modalidades de las garantías, y la ejecución de las pólizas de seguros de los contratos públicos sujetos a la normativa del SNCP.

2.5.1. Formas y modalidades de garantías

La primera dimensión surge de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prevé las *formas* en las que se puede rendir una garantía y posteriormente desarrolla la *modalidad* de garantías aplicables dentro de su ámbito.²⁹⁹ Es así que entre las *formas* que pueden adoptar tenemos:³⁰⁰ la garantía extendida por una institución financiera, fianza instrumentada en póliza de seguros, hipoteca de bienes

²⁹⁸ *Ibíd.*, 84-87.

²⁹⁹ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 389.

³⁰⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 73.

raíces, certificados de depósito a plazo de instituciones financieras nacionales;³⁰¹ y finalmente varios instrumentos que tienen como característica común el ser cotizados en las bolsas de valores.³⁰² Estas garantías pueden ser combinadas, lo cual queda a consideración de las entidades contratantes, debiendo especificar en los pliegos la forma de garantía que se recibirá, pero en ningún caso pueden prescindir de la exigencia de las garantías.³⁰³

En lo que concierne a las modalidades de garantías exigibles para la ejecución de los contratos administrativos dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública, la LOSNCP prevé tres tipos: la de fiel cumplimiento, por buen uso del anticipo y la técnica; todas ellas con sus propias características particulares.³⁰⁴

La primera de las garantías previstas en la LOSNCP es la de fiel cumplimiento,³⁰⁵ cuyo monto asegurado debe alcanzar el 5% del precio del contrato.³⁰⁶ Tiene como objeto asegurar el cumplimiento del contrato, así como permitir a la contratante que responda por obligaciones a favor de terceros vinculados con el contrato. Tratándose de contratos para la ejecución de obras, y de contratos integrales por precio fijo, además de lo antes señalado, sirve para asegurar la ejecución debida de las obras y la buena calidad de los materiales destinados a ellas, de tal forma que, con cargo a la misma se puedan realizar los cambios o reparaciones de partes de la obra que tuvieren defectos de construcción, mala calidad de los bienes incorporados en ella, o incumplimiento de especificaciones

³⁰¹ Estos deben estar endosados a la orden de la respectiva entidad contratante y su plazo de vigencia debe ser mayor al estimado para la ejecución del contrato.

³⁰² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 73 núm. 4. Estos instrumentos son: depósitos de bonos del Estado, de los municipios y de otras instituciones estatales, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, bonos de prenda, cédulas hipotecarias, notas de crédito otorgadas por el SRI, y valores fiduciarios que hayan sido calificados por el BCE.

³⁰³ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 117.

³⁰⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 74, 75 y 76.

³⁰⁵ Las únicas formas que se admite para la garantía de fiel cumplimiento, son las contempladas en el art. 73 núms. 1, 2 y 5 de la LOSNCP, es decir: garantía extendida de una institución financiera, fianza instrumentada en una póliza de seguros, o certificados de depósito a plazo de instituciones nacionales del sistema financiero. Como ya lo mencionamos, para efectos de esta parte de la investigación, nos centraremos en el análisis de las pólizas de seguros.

³⁰⁶ Este porcentaje podría aumentar si la propuesta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al 10% de éste, por lo que la garantía necesariamente deberá incrementarse en un 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

imputables al contratista;³⁰⁷ pero también con cargo a esta garantía se pueden hacer efectivas multas impuestas al contratista, independientemente del objeto del contrato.

En el caso de los contratos de consultoría, esta garantía también se exige a los consultores que, como consecuencia de haber suscrito aquellos instrumentos para la elaboración de los estudios y diseños previos, se obliguen a prestar asesoramiento al constructor durante la ejecución de las obras, casos en los cuales deberán entregarla.³⁰⁸

Existen ciertas excepciones en cuanto a la obligación de presentación de esta garantía, ya sea en relación al objeto o al monto de la contratación, es así que la ley de la materia prevé que no es exigible en aquellos contratos de adquisición de bienes inmuebles o raíces, y en los casos de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento del pago, en estos casos sin consideración al monto del contrato.

La otra salvedad consiste en la no exigencia de esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico por el coeficiente 0,000002, independientemente de cual sea el objeto del contrato.³⁰⁹

La segunda garantía exigible según nuestra normativa de contratación pública es la que debe rendir un contratista cuando la contratante ha previsto la entrega de un anticipo en la forma de pago.³¹⁰ Es así que la póliza deberá alcanzar el valor del adelanto. Esta garantía tiene una peculiaridad, porque durante la ejecución del contrato puede reducirse en la proporción que se vaya amortizando el anticipo o se reciban provisionalmente las obras, o se recepen parcialmente los bienes o servicios.³¹¹ Disposición similar consta en la Ley General de Seguros,³¹² que dispone que la

³⁰⁷ Cabe destacar además que en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada resulta inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al 10% de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

³⁰⁸ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 288 núm. 2.

³⁰⁹ Para el año 2019 no es necesario presentar la caución en aquellos contratos cuyo precio sea menor a US \$ 71.058,79. Sin perjuicio de lo anterior, según los arts. 118 y 132 del reglamento general de la LOSNCP, si por el monto de un contrato no se contempló inicialmente la entrega de esta garantía, pero cuyo valor se incrementare como consecuencia de la necesidad de suscribir un contrato complementario, órdenes de trabajo u órdenes de cambio –según se trate de uno u otro objeto contractual– el contratista deberá presentar la garantía previamente a la instrumentación de cualquiera de los mencionados instrumentos, considerando el monto total del contrato desde su celebración.

³¹⁰ No se consideran anticipo a aquellas cartas de crédito cuyo pago está condicionado a la entrega-recepción de las obras o bienes que son materia del contrato.

³¹¹ El art. 75 de la LOSNCP guarda concordancia con los arts. 94 inc. final, y 95 inc. antepenúltimo; los arts. 118, 139, 146 incs. penúltimo y último, la disposición general sexta de su reglamento general; y, los arts. 133 y 201 de la codificación y actualización de resoluciones del Sercop.

³¹² Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 44.

renovación de la garantía por anticipo sea únicamente por el valor no devengado, correspondiéndole al contratista la prueba de tal hecho, previa aprobación del administrador del contrato.³¹³

Según lo dispuesto en la LOSNCP, se establece que el monto del anticipo lo regulará la contratante según la naturaleza de la contratación, pero en los diferentes modelos de pliegos emitidos por el Sercop, se encuentra limitado a un máximo de 50% para el caso de obras, y de 70% para el caso de bienes o servicios,³¹⁴ incluidos los de consultoría.³¹⁵ Esto se complementa con la obligación de quienes llegaban a tener la calidad de contratistas, que podían recibir anticipos únicamente en cuentas de instituciones financieras estatales o privadas de propiedad del Estado en más de un 50%; además de la autorización expresa del levantamiento del *sigilo bancario* de dichas cuentas,³¹⁶ con el propósito de que los administradores de los contratos puedan verificar que los movimientos de los recursos correspondan estrictamente a la ejecución contractual, y no sea destinado a otros fines distintos.³¹⁷

Lo antes mencionado fue cuestionado en su momento, principalmente por parte de los *proveedores* y *contratistas*, pero la medida se justificó —y en mi opinión es así hasta la fecha—, considerando que existía un abuso por parte de ciertas *entidades contratantes* que no entregaban anticipo, sino que pagaban anticipadamente la totalidad del contrato; y, los *contratistas* a su vez, mal utilizaban los recursos públicos recibidos por concepto del anticipo; razones que llevaron a que en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas se incluyan disposiciones relativas a estas situaciones, al establecer que los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos hasta el momento de ser devengados.³¹⁸

³¹³ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 393.

³¹⁴ Aplica para bienes y servicios normalizados y no normalizados; en el caso de régimen especial se debe observar dichos límites de anticipo según se trate de obras, bienes o servicios.

³¹⁵ Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficio n.º T.1056-SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009*, (Quito: Presidencia de la República, 2009). Con este documento el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República de aquella época, instruyó al entonces INCOP, para que incorpore los montos máximos de anticipo en los modelos de pliegos.

³¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, disposición general décima. Esta fue incorporada por el art. 11 núm. 4 de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, vigente desde el 29 de diciembre del 2017.

³¹⁷ Estas disposiciones constan en las cláusulas generales de los modelos de pliegos del Sercop, que como se dijo anteriormente fueron parte de las disposiciones contenidas en el oficio n.º T.1056-SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009. No obstante en los modelos vigentes ya no consta la obligatoriedad de mantener depositado el saldo del anticipo no devengado.

³¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 76. El fundamento constitucional de esta norma lo encontramos en el art. 299 inc. tercero, el cual prescribe que los recursos públicos se manejarán en la *banca pública* y que

La tercera y última forma de garantía que prevé la LOSNCP es la garantía técnica para ciertos bienes, aplicable a los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de ejecución de obras que contemplen el suministro y su montaje, de tal forma que quede asegurada su calidad y buen funcionamiento;³¹⁹ pero además de lo previsto en la ley debe observarse lo que dispone la codificación de resoluciones del Sercop,³²⁰ que desarrolla el contenido de lo que las entidades contratantes deben exigir a sus contratistas como parte de dicha garantía, detalle al que no me referiré porque rebasa el propósito de esta investigación.

La característica esencial de esta última especie de garantía es que debe ser extendida por el fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado; y, su período de vigencia deberá detallarse en el respectivo contrato, considerando que regirá a partir de la suscripción del acta de recepción; es decir que las obligaciones derivadas de aquella subsisten después de haberse cumplido la obligación principal.

La garantía técnica es susceptible de ser reemplazada por otra de tipo económico, en una de las formas previstas en la LOSNCP, debiendo extenderse por otra de igual valor de los bienes a suministrarse, posibilidad y condiciones que deben establecerse en el pliego y en el propio contrato.

En cuanto a la devolución de las garantías la LOSNCP³²¹ y su reglamento general,³²² disponen que en los contratos de ejecución de obras la garantía de fiel cumplimiento se restituirá³²³ al momento de la entrega-recepción definitiva o única, ya sea real o presunta; mientras que en las contrataciones de adquisición de bienes y de prestación de servicios, las garantías se devolverán al momento de suscribir el acta única de entrega-recepción, o a lo que se haya estipulado contractualmente; pero el citado artículo reglamentario aclara que si se trata de garantía por anticipo, esta será restituida

los mecanismos de acreditación y pagos serán los que la ley determine. Por su parte la disposición general décima del COPFP, dispone que para efecto de asignación de recursos públicos y la gestión de anticipos de obras públicas, las personas jurídicas de derecho privado cuyo capital accionario del Estado supere el 50%, tendrán el mismo tratamiento, es decir como si se tratara de una entidad pública.

³¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 76.

³²⁰ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, arts. 121-5.

³²¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 77.

³²² Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 118.

³²³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 73.

cuando haya sido devengado en su totalidad, y que la garantía técnica deberá observar las condiciones en la que se haya sido expedida.

Debemos concluir esta primera parte aclarando que ninguna de las garantías previstas en la LOSNCP es exigible cuando se trate de contrataciones interadministrativas nacionales,³²⁴ esto fundamentalmente porque a todas las entidades contratantes que forman parte del Estado ecuatoriano, se las asume como uno solo y por tanto las cauciones únicamente son exigibles ante riesgos frente a terceros.³²⁵ Tratándose de la contratación interadministrativa internacional,³²⁶ con la plena vigencia del Acuerdo Comercial Multipartes desde el 2017, la excepción de rendición de las garantías ya no es aplicable,³²⁷ debido a que dichas contrataciones deben someterse a los procedimientos de selección previstos en el indicado instrumento internacional, considerando que no fueron excluidas como en el caso de las nacionales.³²⁸

2.5.2. Ejecución de las pólizas de seguros de los contratos públicos

Una segunda dimensión tiene relación con la ejecución de las pólizas entregadas en calidad de garantías para asegurar las obligaciones de los contratos sometidos a la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, respecto de lo cual el libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, es decir la Ley General de Seguros, contiene disposiciones expresas y concordantes con lo previsto en la normativa de contratación pública. Así la normativa de seguros y de compras públicas prevén que las pólizas de *fidel cumplimiento* y *por anticipo* serán incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato. Adicionalmente, no pueden incluir cláusulas que requieran documentación adicional, que establezcan trámites administrativos previos, o cualquier otra disposición que diga lo contrario, porque de ser así se entenderán como no escritas, bastando para su ejecución el requerimiento formal de la entidad contratante asegurada o beneficiaria de la garantía, pago que deberá realizarse dentro del plazo de diez días siguientes al pedido formal de la institución.³²⁹

³²⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 2 núm. 8, 73 inc. antepenúltimo.

³²⁵ Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 390.

³²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 2 núm. 8 inc. segundo.

³²⁷ *Ibíd.*, art. 73.

³²⁸ Aguirre Rivadeneira, “Incidencia del Acuerdo Comercial Multipartes, ACM en el Sistema Nacional de Contratación Pública”, 46 y 48.

³²⁹ Así lo disponen el art. 73 de la LOSNCP y art. 42 de la Ley General de Seguros.

En el caso de que se produjere la negativa de pago por parte de la compañía aseguradora, tal conducta se considera como incumplimiento, por lo que se faculta a que la entidad contratante solicite al Sercop su inhabilitación en el Sistema Nacional de Contratación Pública hasta el cumplimiento de su obligación como aval, y en caso de reincidencia de tal conducta podría ser inhabilitada hasta por dos años, sin perjuicio de las sanciones administrativas que corresponda imponer a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros dentro del ámbito de su competencia;³³⁰ que en este último caso puede conllevar la liquidación forzosa de la compañía de seguros.

En materia de pólizas de seguros y garantías extendidas por instituciones del sistema financiero, entregadas por parte de los proveedores que resultan adjudicados en los procedimientos de contratación, considero que deberían desarrollarse las herramientas necesarias para que el sistema del Sercop, pueda obtener información de las superintendencias de compañías, valores y seguros, de bancos, y de economía popular y solidaria, sobre aspectos como: instituciones de seguros y del sistema financiero que se encuentran impedidas de emitir pólizas y garantías para contratos con el sector público, por haber sido inhabilitadas por el ente rector de las compras públicas;³³¹ revisión en línea para verificar la autenticidad de esas pólizas y garantías; sus solicitudes y aprobaciones de renovación, tanto por parte de los contratistas como de las entidades contratantes; peticiones y trámites para su ejecución; y, reclamos administrativos por parte de entidades contratantes, sobre exigencias no previstas en la ley de la materia para el caso de hacer efectivas las pólizas a su favor.³³²

Finalmente debemos indicar que, para hacer efectivas las garantías, las entidades contratantes tendrán prioridad sobre otros acreedores, sea cual fuere la naturaleza del mismo y del título en que fundamente su pretensión.³³³

³³⁰ Cabe destacar que lo antes expuesto también es aplicable al caso de que las garantías hayan sido emitidas por bancos o instituciones financieras de conformidad con el art. 73 núm. 1 de la LOSNCP; debiendo aclarar que tales instituciones están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos y concurrentemente de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, pero en este caso por tratarse de personas jurídicas mercantiles.

³³¹ De conformidad a lo establecido en el art. 73 de la LOSNCP, así como en los arts. 45 al 48 de la codificación de resoluciones emitidas por el Sercop.

³³² Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 42.

³³³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 73 inc. penúltimo.

Capítulo tercero

Problemas jurídicos en relación a la falta de articulación del derecho privado con la contratación pública

1. Análisis de los problemas jurídicos que se presentan entre la contratación pública y las ramas del derecho privado vinculadas a ella

La Constitución de la República del Ecuador³³⁴ establece como deber del Estado la convivencia en una sociedad libre de corrupción; pero además dispone como deberes y responsabilidades de los ciudadanos nacionales varios compromisos anticorrupción, independientemente de que estos ejerzan sus actividades en el sector privado o que formen parte del sector público como funcionarios de la administración pública;³³⁵ imponiéndose como obligación transversal la denuncia y el combate de los actos de corrupción.³³⁶

Desde la perspectiva de este trabajo lo que interesa es el aspecto jurídico, el que está ligado al cumplimiento o no de normas constitucionales y legales, de donde surgen precisamente los problemas de la escasa o nula vinculación práctica de la contratación pública con otras ramas afines o directamente relacionadas con aquella.

Sobre la base de lo dicho, el análisis de los planteamientos de este capítulo se realizará a partir de la posición que deberían adoptar los *proveedores* de las instituciones del Estado, y la que correspondería a los *servidores públicos* que prestan su contingente a las entidades contratantes del sector público.

³³⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 3 núm. 8, 83 núms. 1, 2, 7, 8, 11 y 12. Prescriben que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar a sus ciudadanos el derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción; pero también establece como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, acatar y cumplir nuestra carta fundamental, la ley y las decisiones legítimas de las autoridades competentes; a no ser ocioso, ni mentir o robar (ama killa, ama llulla y ama shwa); así como promover el bien común y anteponer el interés general sobre los intereses particulares; administrar de forma honesta y en observancia irrestricta a la ley el patrimonio público; además de denunciar y combatir los actos de corrupción; a asumir cargos y funciones públicas como un servicio en beneficio de la colectividad, rendir cuentas a los órganos de control y a la sociedad; y, ejercer los oficios y profesiones de forma ética.

³³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 44. Según esta disposición la administración pública comprende las entidades del sector público previstas en el art. 225 de la Constitución de la República.

³³⁶ Tratándose de los ciudadanos este deber de colaboración se encuentra en el art. 41 del COA; mientras que en el caso de los servidores públicos consta en el art. 22 lits. a), d), g) y h), y art. 23 lit. k) de la LOSEP.

Sea que las personas actúen como persona natural o a través de una ficción jurídica civil o mercantil,³³⁷ y que hayan asumido la calidad de *proveedores*, al momento de participar en los diferentes procedimientos de contratación deben considerar que alrededor de ellas se encuentran un sinnúmero de leyes, todas las que deben ser acatadas para que la participación en los diferentes procesos de compras públicas, se enmarque dentro del ordenamiento jurídico.

Esto se desprende de la propia LOSNCP, que impide la participación en los procedimientos de contratación de aquellos *oferentes* que no estén legalmente habilitados,³³⁸ o cuando imposibilita la suscripción de los contratos públicos sometidos a su ámbito, a aquellos *adjudicatarios* que al momento de su celebración se encuentren impedidos de conformidad con cualquier inhabilidad establecida en la ley de la materia, y en cualquier otra que sea de observancia del sector público,³³⁹ lo cual sin duda incluye algunas de derecho privado.

De igual forma, si se ha llegado a suscribir un contrato público en aparente incumplimiento de las disposiciones del Sistema Nacional de Contratación Pública, la ley prevé los mecanismos para la terminación inmediata del contrato,³⁴⁰ y si han sido suscritos contraviniendo expresas disposiciones de la LOSNCP o de otras leyes que rigen para las entidades contratantes, los contratos pueden ser declarados nulos, previo el debido proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa.³⁴¹

Desde la posición de los *servidores públicos*, estos deben tener presente que de sus aptitudes individuales depende la eficacia de la administración pública, y en el caso particular de los procedimientos de contratación resulta imprescindible una adecuada capacitación sobre la materia, lo que permitirá contar con los funcionarios más idóneos, con criterio amplio, sensato y ágil.³⁴²

³³⁷ Según los arts. 40, 41, 564 y 566 de nuestro Código Civil las personas son naturales y jurídicas, estas últimas que a su vez se clasifican en sociedades civiles, regidas por dicho código, y sociedades industriales o mercantiles, reguladas por la Ley de Compañías. Vale decir que tanto las personas naturales o jurídicas a su vez pueden ser nacionales o extranjeras.

³³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, arts. 6 núm. 29, 18. Establecen que la participación, sea individual o en asociación, se garantiza siempre que los postulantes, además de estar inscritos en el RUP –excepto que un procedimiento específico no lo requiera–, estén habilitados para participar en los procedimientos establecidos en dicha ley.

³³⁹ *Ibíd.*, art. 14 núm. 5, 62 núms. 1, 5 y 6.

³⁴⁰ *Ibíd.*, art. 65. Se refiere a los contratos celebrados contra las prohibiciones expresas contenidas en ella.

³⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 326 lit. c).

³⁴² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 160-1.

El punto de partida de toda actuación en materia de contratación pública es la verificación del *principio de legalidad*, de los actos de las entidades contratantes, que en el caso de la materia de estudio no se limita a la LOSNCP, sino que además se debe verificar que no se contravenga ninguna disposición del derecho público ecuatoriano o del derecho privado aplicable a aquel, porque una vez producida y constatada tal situación acarreará la *nulidad absoluta* o de *pleno derecho* de tal actuación.³⁴³

Si realizamos una lectura detenida del articulado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podemos identificar que en su mayoría incluyen en su redacción las frases *esta ley* o *presente ley*; pero en otros casos la composición de los artículos usa las expresiones *con la ley*, *en la ley* o *a la ley*, casos en los que la LOSNCP se refiere a otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las de derecho privado. Esta sutil diferencia resulta trascendental en materia de contratación del Estado y sus instituciones, pudiendo marcar la diferencia entre la correcta o inadecuada aplicación de las leyes que deben observarse, sea por parte de los *proveedores* o de las *entidades contratantes* representadas por sus *servidores públicos*.

En mi opinión, lo expresado en líneas precedentes se aproxima al *principio de juridicidad*,³⁴⁴ que tiene un mayor alcance que el principio de legalidad, porque encauza las actuaciones del poder estatal a la observancia de todo el ordenamiento jurídico, para que las administraciones públicas ejerzan sus competencias y alcancen sus finalidades;³⁴⁵ debiendo observar no solamente las disposiciones constitucionales y legales, sino también aquellos preceptos que dimanen de otras fuentes, como los instrumentos internacionales, los principios generales y especiales del derecho, y la jurisprudencia pertinente; proporcionando así a los servidores públicos las herramientas necesarias para solventar las situaciones a ellos planteadas, mediante decisiones lógicas y razonables, sobre todo en los casos en los que carezcan de atribuciones legales expresas,³⁴⁶ pero que están implícitas para el cumplimiento de sus funciones.³⁴⁷

³⁴³ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, arts. 9, 1461, 1478, 1697 y 1698. Si analizamos dichas disposiciones, podemos decir en resumen que se produce nulidad absoluta cuando así lo dispone la ley, cualquiera que esta sea; cuando se ha omitido uno de los requisitos que la ley determina para la validez de los actos o declaraciones de la voluntad –incluidos los contratos–; y en general cuando se contravienen normas del derecho público.

³⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 14.

³⁴⁵ Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 8.

³⁴⁶ Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 77.

³⁴⁷ Andrés Moreta, *COA procedimiento administrativo y sancionador*, (Quito: Ediciones Continentes, 2019), 7-8.

2. Análisis de casos reales relativos a la falta de articulación del derecho privado con la contratación pública

A continuación procederé a analizar algunas contrataciones de bienes y servicios realizados por algunas entidades contratantes, en las que se podrá evidenciar que, limitarse a realizar procedimientos de compras públicas al amparo de la normativa del SNCP, sin considerar otras normas que son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico que rige al sector público, y que están contenidas en otros cuerpos legales vigentes, conlleva a una afectación tanto para el Estado y sus instituciones, como para los proveedores que buscan convertirse en contratistas; sin afectar los recursos públicos, sin corrupción, y sobre todo en plena observancia de las normas establecidas para tal efecto.

2.1. Adquisición de bienes por parte del Ministerio de Salud Pública

Sobre la base de lo antes dicho, me refiero a dos procedimientos de compras públicas realizados por unidades desconcentradas en el Ministerio de Salud Pública,³⁴⁸ entidad que en su momento efectuó subastas inversas electrónicas para la adquisición de camas para la denominada *Unidad de Trabajo de Parto y Recuperación* de dos de sus establecimientos de salud,³⁴⁹ las que debían ser suministradas por la empresa contratista, que coincidentemente resultó adjudicada en ambos casos.

En los dos contratos los bienes no fueron recibidos por las entidades contratantes,³⁵⁰ porque al momento de la verificación física y antes de la entrega-recepción definitiva, los respectivos administradores evidenciaron que no cumplían con lo previsto en los pliegos de cada procedimiento. Ante esta situación las unidades desconcentradas solicitaron la intervención de los técnicos especializados de la matriz del

³⁴⁸ Los procedimientos de contratación fueron realizados por las direcciones distritales 03D03 (con sede en La Troncal) y 05D04 (situada en Pujilí), para los centros de salud de La Troncal y Saquisilí respectivamente.

³⁴⁹ Los procedimientos de contratación pública son el SIE-DD03D03-028-2015 y el SIE-DD05D04-067-2015.

³⁵⁰ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 124. Según esta disposición la comisión es designada por la máxima autoridad de la contratante o su respectivo delegado, y está integrada por el administrador del contrato y un servidor público con perfil técnico afín al objeto de la contratación, que no haya intervenido en la etapa de ejecución contractual.

MSP,³⁵¹ quienes evidenciaron que las camas presentaban signos de desgaste, lo que hizo presumir que no eran nuevas, iniciando además las investigaciones respectivas para esclarecer tal situación.

La empresa fabricante –domiciliada en el exterior– una vez consultada por el ministerio, indicó que el modelo de cama que había adquirido dejó de fabricarse varios años atrás,³⁵² siendo reemplazada por otro modelo con mejores prestaciones, de tal forma que los bienes adquiridos no contaban con garantía ni respaldo técnico.³⁵³ Señaló además que los números de serie no existían en su base de datos, siendo falsos, al igual que las etiquetas de las camas;³⁵⁴ que la contratista no era distribuidora autorizada de su marca para nuestro país; que solo había una empresa que estaba acreditada para la distribución exclusiva en el Ecuador, y que existían dos empresas calificadas para la comercialización a nivel nacional, una en Quito y otra en Guayaquil.

El fabricante en coordinación con su distribuidor exclusivo para el Ecuador y con las empresas nacionales habilitadas para la venta de los equipos, realizaron su propia investigación sobre las camas, determinando que se trataba de un lote producido en el año 2001, vendidas en los Estados Unidos de América a un hospital de la ciudad de Boise en el Estado de Idaho, que a su vez las negoció a una comercializadora de equipos usados, la cual al parecer las exportó a nuestro país.

Si bien los procedimientos de contratación antes mencionados fueron terminados unilateralmente, en lo personal considero que no se ejercieron todas las acciones que podían y debían seguirse, existiendo una evidente afectación al derecho de la competencia y a la normativa que regula la propiedad intelectual.

En el caso de la LORCPM, en mi opinión la acción de la empresa contratista afectó al fabricante, al distribuidor exclusivo para el Ecuador, y a las empresas calificadas para la comercialización a nivel nacional, porque se habrían configurado varias *prácticas*

³⁵¹ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 9. En resumen establece que si una entidad contratante cuenta con establecimientos desconcentrados administrativa y financieramente, podrá inscribir a cada establecimiento como unidad de contratación individual. En este caso el responsable del establecimiento desconcentrado será considerado como máxima autoridad de la institución.

³⁵² La adquisición se produjo en el año 2015, mientras que la empresa productora dejó de fabricarla en el año 2006.

³⁵³ En este caso en particular nos referimos a mantenimiento y repuestos.

³⁵⁴ En estas constaba el supuesto mes y año de fabricación (2015), lo que no correspondía a lo expresado por la empresa fabricante.

desleales,³⁵⁵ como el *acto de engaño* sobre los productos y las empresas legalmente autorizadas por la compañía productora de los bienes.³⁵⁶

También se configuraron *actos de imitación*, infringiendo o lesionando derechos de *propiedad intelectual* reconocidos por la ley a favor del fabricante;³⁵⁷ en este caso recordemos que las *marcas* se encuentran protegidas por el Código Ingenios,³⁵⁸ pudiendo por tanto iniciarse acciones tanto en sede administrativa como judicial;³⁵⁹ a lo cual habría que sumarle una posible *explotación de la reputación ajena*, por haberse aprovechado indebidamente de las ventajas del renombre adquirido en el mercado por otro proveedor.³⁶⁰

De igual modo considero que se configuró una práctica desleal por *violación de normas*, porque la empresa contratista procuraba prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de normas jurídicas, en este caso de contratación pública, propiedad intelectual y presumiblemente hasta penales,³⁶¹ por cuanto concurría a proveer en el mercado sin las autorizaciones legales

³⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 27. Según esta disposición existen nueve tipos de *prácticas desleales*, identificando cuatro de estas que se habrían cometido por parte de la empresa contratista.

³⁵⁶ *Ibíd.*, art. 27 núm. 2. Establece que se considera *acto de engaño* a toda conducta que tenga por objeto o como efecto real o potencial, inducir a error al público, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y de forma general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla esos actos pone a disposición en el mercado; o, induce a error sobre los atributos que posee el operador económico, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

³⁵⁷ *Ibíd.*, art. 27 núm. 3. Considera como desleal a los *actos de imitación* que infrinjan o lesionen algún derecho de propiedad intelectual legalmente reconocido.

³⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 359. Establece que marca es cualquier signo que sea apto para distinguir servicios o productos en el mercado.

³⁵⁹ *Ibíd.*, arts. 550 y 554. Prevén la posibilidad de que los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos y protegidos por dicho código, puedan emprender acciones *administrativas y judiciales* contra cualquier persona que infrinja sus derechos.

³⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 27 núm. 6. Determina que constituye una práctica desleal la *explotación de la reputación ajena*, entendida como el aprovechamiento indebido, en beneficio ajeno o propio, de las ventajas de la reputación comercial, industrial o profesional obtenida por otro en el mercado.

³⁶¹ A mi criterio se debía investigar también el presunto cometimiento de *delitos contra la fe pública*, por cuanto se habría falsificado y presentado esos documentos falsos en la oferta del proveedor (art. 328 del COIP); igualmente podría haberse incurrido en delitos contra los *derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes de mercado*, por cuanto se intentaba engañar a la entidad contratante, al pretender entregarle bienes distintos a los que había comprado o creído comprar (art. 235 del COIP), a lo que además habría que agregarle la *responsabilidad penal de la persona jurídica* involucrada, es decir la empresa contratista (art. 49 y 50 del COIP).

correspondientes, en este caso la de distribuidor o comercializador de los bienes que debía entregar a la entidad contratante.³⁶²

En otros dos procedimientos de subasta inversa electrónica, el MSP aparentemente adquirió esterilizadores para sus establecimientos de salud,³⁶³ y coincidentemente la empresa contratista fue la misma que participó y se adjudicó los contratos de las camas de UTPR, pero a diferencia del caso anterior los bienes fueron recibidos por parte de las entidades contratantes desconcentradas, pese a que no cumplieron con las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de cada procedimiento.

Igualmente en este caso intervinieron los técnicos especializados del MSP matriz, quienes evidenciaron que los bienes adquiridos no eran equipos de esterilización quirúrgica, sino que se trataba de lavadoras de platos, iniciando las investigaciones respectivas para esclarecer tal situación. Es así que la empresa autorizada por el fabricante para la distribución exclusiva de la marca de los bienes adquiridos en el Ecuador, indicó que se trata de una *falsificación* de sus productos, porque no se trataba de una lavadora quirúrgica sino que confirmó que efectivamente se trataba simples lavadoras para vajilla, solicitando además que se le entregue la información del caso con el fin de iniciar acciones legales por cuenta propia, sin perjuicio de aquellas que correspondía a las entidades contratantes.

En este caso ambas contrataciones fueron sometidas a exámenes especiales realizados por parte de la Contraloría General del Estado, pero solamente en uno de ellos se concluyó que los bienes no cumplieron con las especificaciones técnicas, pese a que en ambos casos se produjo esta situación.³⁶⁴

³⁶² Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 27 núm. 9. Prescribe que la *violación de normas* consiste en aquella práctica usada por un operador o agente económico en el mercado, con el fin de obtener una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o procedimientos administrativos o del incumplimiento de normas jurídicas, sean estas publicitarias, ambientales, tributarias, laborales, de seguridad social, sobre consumidores y usuarios u otras; que se sancionarán de conformidad con la LORCPM, sin perjuicio de las sanciones que fuesen aplicables conforme a cada ley transgredida. Dispone además que la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

³⁶³ Los procedimientos de contratación pública son el SIE-DD13D02-2015-010 y el SIE-CZ1S-EE-07-2015.

³⁶⁴ Los informes de los exámenes especiales pueden consultarse en la página web de la Contraloría General del Estado, que corresponden al DR7-DPI-AE-0008-2016, realizado por Auditoría Externa de la Delegación Provincial de Imbabura, documento en el que consta expresamente que la contratista entregó equipos que no se ajustan a los modelos ofertados y de acuerdo a las especificaciones del pliego; y, el DR5-DPM-AE-0033-2018, realizado por Auditoría Externa de la Delegación Provincial de Manabí, en este último no consta como observación que se produjo la recepción de lavadoras de platos en lugar de lavadoras de instrumental quirúrgico que fue el objeto del contrato.

Lo que sí se debe destacar de la acción de control gubernamental, es la identificación del parentesco de consanguinidad que existía entre los socios de las dos empresas participantes en la fase de puja de uno de los procedimientos de contratación, caso en el que, sobre la base de los informes del MSP, se confirmó que el representante legal de la una empresa³⁶⁵ era hijo de la representante legal de la otra compañía,³⁶⁶ y que además entre ambas personas jurídicas había una partícipe en común, hermana e hija respectivamente de los aludidos representantes legales;³⁶⁷ además de que ambas empresas se encontraban domiciliadas en la misma dirección.

Según mi criterio, en este caso tampoco se ejercieron todas las acciones que debían ejecutarse, inclusive el propio órgano de control omitió verificar si los bienes se ajustaron o no a las especificaciones técnicas del pliego, por lo que además de una evidente afectación al derecho de la competencia y de la propiedad intelectual, existieron indicios del cometimiento de delitos contra la eficiencia de la administración pública.³⁶⁸

Respecto de las infracciones a las leyes de mercado, de creatividad e innovación e inclusive en materia penal,³⁶⁹ son plenamente aplicables los comentarios que efectué líneas atrás respecto de las camas de UTPR; empero en este caso se debe agregar que tratándose de la normativa de contratación pública y de la competencia, se realizaron actos que configuraron una *práctica restrictiva* de la competencia, debido a la conexión entre las personas naturales que formaban parte de dos compañías participantes en el procedimiento de contratación; situación que pudo haberse evitado si los servidores públicos a cargo de la calificación de las propuestas hubiesen tenido la precaución de acudir a la información societaria disponible en el portal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

³⁶⁵ RUC 1792073065001.

³⁶⁶ RUC 1792343429001.

³⁶⁷ Ecuador Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, “PORTAL DE INFORMACIÓN / SECTOR SOCIETARIO”, *Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros*, accedido 29 de septiembre de 2015, http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_param.zul.

³⁶⁸ Me refiero a peculado, cohecho o concusión.

³⁶⁹ Estas son la LORCPM, el COESCCI y el COIP.

2.2. Contratación de servicios por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Otro caso interesante de análisis es la contratación para la prestación del servicio de atención de llamadas telefónicas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,³⁷⁰ caso que tuvo una connotación mediática, porque se confirmó que efectivamente se produjo *colusión* entre dos de los operadores económicos participantes en el procedimiento de subasta inversa electrónica.³⁷¹

En este caso intervinieron la Contraloría General del Estado,³⁷² la Procuraduría General del Estado,³⁷³ la Superintendencia de Control del Poder de Mercado,³⁷⁴ como órganos de control dentro del ámbito de sus competencias según la Constitución y sus respectivas leyes que develaron múltiples anomalías en la contratación, como resultado de sus actuaciones.

³⁷⁰ El procedimiento de contratación es el SIE-IESS-015-2011, denominado “SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN, AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS”

³⁷¹ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 36. en los procedimientos de contratación pública se espera que los oferentes preparen y presenten sus propuestas de manera individual, prohibiendo a los postulantes que establezcan pactos que tengan por objetivo evitar competir en un determinado procedimiento; es decir que está prohibido todo acto u omisión, acuerdo o práctica concertada y en general todas las conductas de los proveedores, cuyo objeto o efecto sea restringir, impedir, distorsionar o falsear la competencia, procurando un resultado a su favor o de otro participante.

³⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 211; Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 1 y 29. La CGE es un organismo técnico de control, fiscalización y auditoría del Estado, que tiene como finalidad examinar, verificar y evaluar el cumplimiento del quehacer y los objetivos de las instituciones públicas, y la adecuada utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

³⁷³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 235 y 237 núms. 1 y 4; Ecuador, *Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, arts. 1, 2, 3 lit. n), 5 lit. a); y, Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 65. La PGE es un organismo público del control de los actos y contratos suscritos por las entidades del sector público, pudiendo solicitar su rectificación o modificación, cuando se hubieren adoptado contrariando normas constitucionales o legales; o, en su defecto también se encuentra facultada para plantear demandas de nulidad ante los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando el caso así lo ameritare.

³⁷⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 213; Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 36. Dicha disposición constitucional establece que las superintendencias constituyen organismos técnicos de auditoría, intervención, vigilancia y control de actividades económicas, ambientales y sociales, así como de los servicios que prestan las entidades tanto públicas como privadas, con el propósito de que tales actividades y servicios atiendan al interés general con sujeción se sujeten al ordenamiento jurídico. Por su parte el artículo en mención de la LORCPM, dispone que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en su calidad de organismo técnico de control, tiene capacidad sancionatoria, para hacer cumplir a los operadores o agentes económicos de los sectores público, privado y de la EPS todo lo dispuesto en dicha ley.

La Contraloría General del Estado confirmó que parte de la información de las ofertas de las empresas participantes que llegaron a la etapa de la puja, existieron documentos que presentaban similitudes y coincidencias,³⁷⁵ y que la propuesta de la compañía adjudicataria y posteriormente contratista, tenía que haber sido descalificada al haber incurrido en las causas de rechazo previstas en el pliego del procedimiento;³⁷⁶ además de otros hallazgos que provocaron el establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles,³⁷⁷ e inclusive se determinaron indicios de responsabilidad penal.³⁷⁸

Por su parte la Procuraduría General del Estado, inició un juicio ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, presentando la demanda para la declaratoria de nulidad del contrato suscrito entre el IESS y la contratista que prestaba el servicio de atención de llamadas telefónicas;³⁷⁹ pretensión aceptada por los jueces mediante sentencia.³⁸⁰ No obstante resulta curioso que las causas por la que se resolvió dicha nulidad, no fueron precisamente las relativas a los *actos colusorios*, sino a la falta de formalidades previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pese a que había suficientes causas para la declaratoria de nulidad por vulneración de lo previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La Procuraduría General del Estado fundamentó su demanda en el hecho de que la entidad contratante prescindió de las solemnidades legalmente establecidas,³⁸¹ porque no se disponía de estudios técnicos completos y actualizados; igualmente, aun cuando se

³⁷⁵ Informe general DADSySS-0008-2013, elaborado por la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social de la CGE, disponible en la página web de dicha institución.

³⁷⁶ RECAPT S.A. incurrió en la causal de rechazo de la oferta prevista en el pliego del procedimiento de compras públicas, situación que se produjo porque la comisión técnica no comprobó y confirmó la veracidad e integridad de los documentos habilitantes presentados por dicha empresa oferente.

³⁷⁷ En el informe DADSySS-0008-2013 antes mencionado, se determinó que los miembros de la comisión técnica y de la subcomisión de apoyo incumplieron los arts. 19 y 45 núm. 2 del RGLOSNC, art. 8 de la resolución n.º CD 275 del Consejo Directivo del IESS; y, el pliego del procedimiento de contratación SIE-IESS-015-2011, particularmente la sección IV “Condiciones Específicas” núm. 4.12 sobre la evaluación técnica; y la sección III “Condiciones Generales”, núm. 3.11, sub números 3.11.1 y 3.11.5, que correspondía a las causas de rechazo.

³⁷⁸ Este informe corresponde al DADSySS-0003-2013, que formó parte de la indagación previa n.º 170101812062264, realizada por la FGE por el presunto delito de peculado, la cual se archivó.

³⁷⁹ Contrato n.º 64000000-1002-C de fecha 13 de marzo de 2012, protocolizado el 21 de marzo de 2012 en la notaría sexta del cantón Quito.

³⁸⁰ Ecuador Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17811-2013-14713*, 16 de marzo de 2016, 5.

³⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 65 núm. 2.

contaba con los recursos económicos, no hubo certificación presupuestaria actualizada;³⁸² el Procurador del IESS no emitió criterio respecto del pliego y sobre la conveniencia del procedimiento de contratación; la autorización del Consejo Directivo del IESS fue para el inicio de un procedimiento de contratación que se canceló; y, porque los miembros de la comisión técnica que actuó en el procedimiento, lo hizo sobre la base de la designación del concurso anterior,³⁸³ por tanto no medió una nueva designación.

La Procuraduría General del Estado también hizo suyo el argumento de la CGE, en el sentido de que la documentación y la información que sustentan las propuestas técnicas entregadas por las dos únicas empresas habilitadas para la puja,³⁸⁴ son similares y existen coincidencias entre ellas; además de que la oferta presentada por la compañía adjudicada debió rechazarse conforme a las causales del pliego.

En cuanto a la intervención de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, inició una investigación ante una denuncia presentada por un operador económico, el cual consideró que había sido afectado por la colusión de las dos únicas empresas habilitadas dentro del procedimiento de subasta inversa electrónica del IESS; situación que se confirmó por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, porque incurrieron en conductas prohibidas por la LORCPM.³⁸⁵

³⁸² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 24; Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 27. Establecen que las entidades contratantes, antes de realizar la convocatoria para un procedimiento de contratación, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia actual o futura de los recursos económicos suficientes para cubrir las obligaciones pecuniarias de la contratación; lo que concuerda además con los arts. 115 y 178 del COPFP, que prevén que ninguna entidad del sector público podrá contraer compromisos, suscribir contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin que se hubiere emitido la certificación presupuestaria respectiva.

³⁸³ El procedimiento de contratación cancelado es el SIE-IESS-014-2011.

³⁸⁴ Estas compañías fueron RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER-RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

³⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 núms. 6 y 21. Esta disposición establece que están prohibidos y ameritan sanción, toda práctica y en general todas las conductas o actuaciones realizadas por dos o más agentes económicos, relacionados con la producción o el intercambio de servicios o bienes, cuyo efecto u objeto sea o pueda ser restringir, impedir, distorsionar o falsear la competencia, o cuando afecten de forma negativa la eficiencia económica o el bienestar general; siendo consideradas como acuerdos y prácticas prohibidas según el núm. 6, los actos u omisiones, prácticas o acuerdos concertados, y de forma general todas aquellas conductas de proveedores, independientemente de la forma que adopten, que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, sea en la presentación de ofertas y posturas, o procurando asegurarse un resultado en beneficio propio o de otro oferente, en licitaciones, concursos públicos, remates, ventas al martillo, subastas públicas y otros procedimientos de contratación establecidos en la legislación del SNCP; y, de conformidad con el núm. 21, los acuerdos entre oferentes y compradores, contrarios a la ley, que pudieren darse en compras públicas, que direccionen y concentren las contrataciones, con el fin injustificado de favorecer a uno o a varios operadores económicos.

La SCPM, como parte de su resolución³⁸⁶ decidió imponer a la empresa contratista una multa equivalente al 12% del valor del contrato;³⁸⁷ mientras que la otra empresa, si bien no fue adjudicataria ni contratista, mereció una multa menor.³⁸⁸ Además, en cumplimiento de lo previsto en la LORCPM,³⁸⁹ se dispuso como medida correctiva³⁹⁰ que se remita el expediente a la Contraloría General del Estado, a la Fiscalía General del Estado, a la Secretaría de Nacional de Transparencia de Presidencia de la República,³⁹¹ y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; pero también se puso en conocimiento de la Procuraduría General del Estado,³⁹² a fin de que ejerza la facultad prevista en la LOSNCP como efectivamente lo hizo,³⁹³ aunque la causa de la nulidad del contrato fue otra como quedó explicado en líneas anteriores.³⁹⁴

³⁸⁶ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.° SCPM-CRPI-2015-019*, accedido 31 de marzo de 2018, <https://www.slideshare.net/AnibalCarrera1/scpm-crpi2015019a019ds>. Esta resolución fue recurrida, por lo que la SCPM, con resolución de 15 de enero de 2016, dentro del expediente n.° SCPM-CRPI-2015-019-A-019-DS, negó el recurso de apelación.

³⁸⁷ Según el contrato n.° 64000000-1002-C, el precio fue de US \$ 19'450.795,59; mientras que la multa ascendió a US \$ 2'334.265,32.

³⁸⁸ En este caso la multa fue de US \$ 9.874,72, equivalente a un 0.05% del valor del contrato.

³⁸⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 inc. final.

³⁹⁰ Inicialmente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM dispuso que se remitan copias certificadas a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con el fin de que se radique la competencia de uno de los jueces civiles, para que luego de evacuado el trámite respectivo, se proceda a declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación; situación que no era posible por cuanto la facultad para el inicio de acciones corresponde a la Procuraduría General del Estado, en atención a lo establecido en el art. 237 núms. 1 y 4 de la Constitución, en concordancia con el art. 5 lit. a) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Adicionalmente, por tratarse de un caso de contratación estatal, el inicio de la acción de nulidad de contrato es facultad de la PGE, según lo establecido en el art. 3 lit. n) de la ley orgánica de dicha institución, y del art. 65 de la LOSNCP.

³⁹¹ La SNTG se creó mediante decreto ejecutivo 450 de 15 de septiembre de 2014, publicado en el Registro Oficial Suplemento 343 de 29 de septiembre de 2014; y, posteriormente suprimida mediante decreto ejecutivo 985 de 14 de abril de 2016, publicado en el Registro Oficial 742 de 27 de abril de 2016. De igual manera, cabe destacar que mediante decreto ejecutivo 665, de 6 de febrero del 2019, publicado en el Registro Oficial Suplemento 440 de 6 de marzo de 2019, se creó la actual Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de República, que vendría a ser la institución que reemplaza a lo que en su momento fue la SNTG, así como una entidad similar a la Secretaría Nacional Anticorrupción, creada en su momento mediante decreto ejecutivo 122 de 16 de febrero de 2007, publicado en el Registro Oficial 31 de 1 de marzo de 2007.

³⁹² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 66. Concede acción pública para denunciar la suscripción o celebración de contratos con personas inhábiles, o sobre aquellos que recae causales de nulidad, fundamento legal para que la SCPM haya decidido poner en conocimiento de la PGE su decisión.

³⁹³ *Ibíd.*, art. 65.

³⁹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 inc. final. Prescribe que son nulos de *pleno derecho* los acuerdos, decisiones, prácticas y las recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en los números de dicha disposición, no estén amparados por las exenciones que prevé la antedicha ley.

2.3. Contrataciones de servicios por parte de la Corporación Eléctrica del Ecuador

La empresa pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador,³⁹⁵ en su momento realizó varios procedimientos de contratación pública,³⁹⁶ en los que resultaron adjudicados y posteriormente contratistas, empresas privadas cuyo accionista mayoritario era un dignatario.³⁹⁷

En el procedimiento LIC-CEP.TE-CP-001-2012, el socio mayoritario de la empresa contratista MARZAM CÍA. LTDA.,³⁹⁸ era una persona natural que tenía una participación del 94.49%, y en la época en la que se suscribió el contrato,³⁹⁹ ostentaba la calidad de prefecto provincial.⁴⁰⁰

En la licitación LICBS-CELECEP-EGU-2.0117-12, la contratista fue MARDCOMSA CÍA. LTDA.,⁴⁰¹ otra empresa vinculada al mismo funcionario, pero en este caso tenía una participación del 57,75% como persona natural, por lo que aun cuando estaba inhabilitado para firmar el contrato porque la persona jurídica adjudicataria tenía como socio a dicho dignatario, las partes lo suscribieron.⁴⁰²

En la última contratación, esto es la LICBS-CELEGU-0294-14 la contratista fue nuevamente MARDCOMSA, pero en este caso el socio mayoritario era la compañía MARZAM, que tenía una participación del 80%, y el funcionario como persona natural poseía un 11%, caso en el cual también se celebró el respectivo contrato.⁴⁰³

³⁹⁵ Esta empresa pública se constituyó mediante escritura pública de 13 de enero de 2009, como producto de la fusión entre las compañías anónimas de generación HIDROPAUTE S.A., HIDROAGOYÁN S.A., ELECTROGUAYAS S.A., TERMOESMERALDAS S.A., TERMOPICHINCHA S.A. y la compañía de transmisión TRANSELECTRIC S.A. posteriormente, mediante decreto ejecutivo 220 de 14 de enero de 2010, publicado en el Registro Oficial 128 de 11 de febrero de 2010, se creó la CELEC EP.

³⁹⁶ Los códigos de estos procedimientos son LIC-CEP.TE-CP-001-2012, LICBS-CELEC EP-EGU-2.0117-12; y, LICBS-CELEGU-0294-14.

³⁹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, disposición general decima octava. Define al dignatario como aquella persona elegida en sufragio popular, por un período fijo, para el ejercicio de funciones y atribuciones previstas en la Constitución y en la ley.

³⁹⁸ RUC 1390140106001.

³⁹⁹ Contrato n.º 0050-12 de 12 de abril de 2012, por un valor de US \$ 18'683.701,17 más IVA.

⁴⁰⁰ Ciudadano con cédula n.º 1301468920, electo como prefecto por la provincia de Manabí en el año 2004 y reelecto por última vez en febrero del 2014 para el período 2014-2018.

⁴⁰¹ RUC 1390145809001.

⁴⁰² Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 111. Establece como inhabilidad especial para contratar con entidades contratantes, a las personas jurídicas en las que sean accionistas, socios o directivos funcionarios, servidores públicos o dignatarios que están inhabilitados de forma general, como es el caso de los prefectos y alcaldes, según el art. 62 núm. 2 de la LOSNCP.

⁴⁰³ Contrato n.º 013-2015 de 25 de marzo de 2015, por un valor de US \$ 7'696.000,00 más IVA.

Todas las contrataciones antes indicadas debieron haberse terminado unilateralmente, porque conforme a lo previsto en los artículos 64 y 94 número 5 de la LOSNCP, fueron celebrados contra expresa prohibición de la ley.⁴⁰⁴ También pudo haber intervenido la Procuraduría General del Estado, y demandar la nulidad de los contratos, en aplicación de lo establecido en los artículos 65 número 1 y 68 número 8 de la ley *ibídem*, y por lo dispuesto en los artículos 1478, 1697 y 1698 del Código Civil.⁴⁰⁵

Adicionalmente, en el caso de la empresa MARDCOMSA también tenía como socia a la compañía NEGOCIOS INMOBILIARIOS NEGOCORP CÍA. LTDA.,⁴⁰⁶ que a su vez tenía como partícipes a los hijos del aludido prefecto, uno de los cuales fue electo como asambleísta provincial,⁴⁰⁷ y por tal situación estaba constitucional y legalmente impedido para celebrar contratos con el sector público,⁴⁰⁸ razón por la que el procedimiento de contratación LICBS-CELEGU-006-17 en la que participaron asociadas las empresas MARZAM y MARDCOMSA fue declarado desierto, porque la única oferta presentada pertenecía a dicho consorcio, inhabilitado para contratar con las instituciones del Estado como ha quedado explicado.⁴⁰⁹

Debo hacer notar además que, la Constitución de la República y el Código de la Democracia, no prevén dos situaciones para quienes aspiran a ocupar cargos de elección popular, porque si observamos lo que dice nuestra carta fundamental en el artículo 113 número 1, no podrán ser candidatos quienes al momento de inscribir su candidatura tengan contratos con el Estado, ya sea como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la

⁴⁰⁴ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Terminación anticipada de contrato*, 2010, 3-5, http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B. Nos referimos al pronunciamiento vinculante contenido en el oficio n.º 12415 de 18 de febrero de 2010.

⁴⁰⁵ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, arts. 1478, 1697-8. El art. 1478 dispone que hay objeto ilícito en todo aquello que transgrede al derecho público ecuatoriano. El art. 1697 establece que es nulo todo contrato o acto al que le falta alguno de los requisitos que prescribe la ley para el valor del aquel acto o contrato, según la especie y la calidad o estado de las partes intervinientes; y, el art. 1698 determina que la nulidad que es producto de un objeto o de una causa ilícita, y la nulidad derivada de la omisión de algún requisito o formalidad prescrito por la para el valor de determinados actos o contratos, según su naturaleza, y no respecto de la calidad o del estado de las personas que los acuerdan o ejecutan, constituyen nulidades absolutas.

⁴⁰⁶ RUC 1391734956001.

⁴⁰⁷ Ciudadano con cédula n.º 1307594638, electo legislador por la provincia de Manabí en febrero de 2017 para el período 2017-2021.

⁴⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 127 núm. 7. Prohíbe a los asambleístas celebrar contratos con entidades del sector público. Lo que concuerda con el art. 62 núm. 2 de la LOSNCP; y, con el art. 111 núm. 2 del RGLOSNCP.

⁴⁰⁹ Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 61, 62 y 303.

ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales.

De lo anterior se puede colegir que los aspirantes a mandatarios por votación sí pueden participar en cualquier proceso eleccionario sin incurrir en prohibiciones constitucionales,⁴¹⁰ si es que son socios o accionistas de compañías, porque al no actuar como personas naturales, y al no tener la calidad de representantes o apoderados, no estarían incurso en tal proscripción. De igual forma si consideramos que los contratos no son únicamente para la ejecución de obras, prestación de servicios, y explotación de recursos naturales, sino que también puede contratarse la provisión de bienes, los dignatarios podrían mantener dichos contratos, inclusive como personas naturales, representantes o apoderados, porque esta situación tampoco la previene la citada norma constitucional.⁴¹¹

Otra situación a la que nuestra Constitución y las demás leyes no hacen referencia, es la de aquellos casos en los que los asambleístas electos tengan contratos en ejecución, debido a que la prohibición que consta en el artículo 127 número 1 constitucional, y las inhabilidades previstas en el artículo 62 número 2 de la LOSNCP y en el artículo 111 número 2 de su reglamento general, aplicables al resto de autoridades de elección popular, no alcanzan a tales contratos, porque solo limita a los parlamentarios y demás dignatarios para no suscribir nuevos contratos, entendiéndose por tanto que se podrán concluir los que hayan suscrito con anterioridad al proceso electoral.⁴¹² No obstante en este último caso considero que la redacción de la Constitución y la ley es la apropiada, debido a que pretender lo contrario conllevaría su aplicación *retroactiva*,⁴¹³ y además se afectaría el derecho a la *seguridad jurídica*.⁴¹⁴ Empero sí debo aclarar que, aun cuando hubieren

⁴¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador - Código de la Democracia*, Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009, art. 95. Según el núm. 2 del art. 95 de la antedicha ley, los requisitos para inscribir candidaturas para cargos de elección popular, particularmente en el caso de los asambleístas, está el no encontrarse incurso en ninguna de las prohibiciones o inhabilidades establecidas en la Constitución.

⁴¹¹ *Ibíd.*, art. 96. núm. 1. Dispone que no pueden ser candidatos de elección popular, quienes al momento de inscribir su candidatura tengan contratos con el Estado, bien sea como representantes o apoderados de personas jurídicas o en calidad de personas naturales, cuando el contrato tenga por objeto la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales.

⁴¹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 127 núm. 7. Esta norma, además de prohibir a los asambleístas la celebración de contratos con entidades del sector público, establece como consecuencia la pérdida de su cargo; sin perjuicio de otras responsabilidades que se puedan determinar conforme a la ley.

⁴¹³ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 7. Manda que la ley rige para lo venidero y que acrece de efecto retroactivo.

⁴¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 82. Determina que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a aquella y en

suscrito un contrato principal cuando se encontraban habilitados, no podrían suscribir contratos complementarios o modificatorios si a la fecha en la que corresponda su celebración los contratistas ya incurrían en alguna inhabilidad; pero además, si como consecuencia de esta imposibilidad legal el contrato principal no se puede ejecutar, procedería la terminación de mutuo acuerdo o la terminación unilateral si el contratista se niega a ella.⁴¹⁵

3. Consecuencias de la desarticulación de la contratación pública con el derecho privado

De la casuística antes indicada, resulta evidente que existe una desarticulación de la contratación pública con otras leyes del derecho privado, lo que produce consecuencias en sus diferentes fases, y aun cuando existe la posibilidad de enmendar situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, no se corrigen y van precluyendo las etapas de la contratación, con la inminente posibilidad del establecimiento de futuras responsabilidades administrativas, civiles y en algunos casos hasta penales por tales inobservancias.

Por ello, he identificado las consecuencias que se pueden dar en tres de las cuatro etapas de los procedimientos de contratación (precontractual, de ejecución contractual y pos contractual), las que se exponen a continuación, aclarando que no constituyen las únicas implicaciones, sino que podrían existir otras, dependiendo de las circunstancias propias de cada entidad y de cada uno de los procedimientos de contratación pública.

3.1. Consecuencias en la etapa precontractual

Los modelos de pliegos del Sercop contienen un formulario de la oferta, documento que a su vez incluye una parte relativa a la presentación y compromiso, en la que se realizan varias declaraciones por parte de los participantes, que hacen alusión a las

la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y que deben ser aplicadas por la autoridad competente.

⁴¹⁵ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Inhabilidad contratista*, 2011, 7, http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B; Ecuador Procuraduría General del Estado, *Terminación por mutuo acuerdo*, 2011, 4-5, http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B. Estas consideraciones constan en los oficios n.º 3713 de 15 de septiembre de 2011 y n.º 19883 de 9 de diciembre de 2014, respectivamente.

infracciones que se pudieren detectar por parte de los servidores que laboran para las diferentes entidades contratantes.⁴¹⁶

Según la casuística antes expuesta, en el caso de las adquisiciones hechas por el Ministerio de Salud Pública, quedó evidenciado que en los procedimientos de adquisición de las camas hospitalarias, el proveedor que resultó adjudicado y con quien se suscribieron los contratos, incurrió en una de las situaciones previstas en el documento de presentación y compromiso para que su oferta fuera descalificada, porque no proporcionó información verídica y exacta sobre los bienes objeto de la contratación, ni sobre su calidad de distribuidor o comercializador autorizado por el fabricante, y los funcionarios responsables de la calificación de las ofertas debieron proceder a excluirlas en ambos procedimientos, lo que no ocurrió.

En el caso de los equipos de esterilización adquiridos por la secretaría de gobierno antes aludida a través de sus dependencias desconcentradas, además de la presentación de documentación falsa, el oferente adjudicado tenía conexiones abiertas con otra de las compañías participantes que a su vez estaba conformada por personas naturales que tenían vínculos de consanguinidad, vulnerando así la competencia libre, leal y justa; porque se simuló una concurrencia de participantes entre quienes se iba a realizar una puja, lo que perjudicó a la entidad contratante, debido a la *práctica restrictiva* que se produjo.⁴¹⁷

Un aspecto que resulta relevante destacar, es el hecho de que en los cuatro procedimientos de contratación indicados, independientemente de la descalificación que debió realizarse por parte de las entidades contratantes, de las propuestas del proveedor que resultó adjudicado; debía solicitarse el inicio de las investigaciones respectivas, por la presunta documentación adulterada que se presentó, y con ello procurar la sanción dentro del ámbito penal.⁴¹⁸

En lo que respecta a la contratación del servicio de atención de llamadas telefónicas realizada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se inobservaron las causas previstas en la carta de *presentación y compromiso*, documento en virtud del cual tenía que descalificarse a las empresas postulantes que presentaron documentación

⁴¹⁶ En este documento los participantes además de someterse a las disposiciones de la LOSNCP, el RGLOSNC, y a la normativa expedida por el Sercop, se comprometen a sujetarse a la demás normativa vigente y aplicable, dentro de la cual tenemos al resto del ordenamiento jurídico de derecho público y derecho privado.

⁴¹⁷ En la etapa de puja de la subasta inversa electrónica, el ahorro fue del 4.02%, esto debido a que hubo una acción deliberada para abstenerse de presentar ofertas económicas hacia la baja; es decir no alcanzó el 5% que es el mínimo establecido en caso de negociación cuando hay un solo proveedor habilitado.

⁴¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 328. Tipifica y sanciona la falsificación y uso de documento falso.

similar, constituyendo la prueba irrefutable de la *colusión* entre dos oferentes; lo que perjudicó al resto de proponentes, de los cuales uno de ellos fue el denunciante de esa mala práctica, de tal forma que los servidores públicos miembros de la comisión técnica, no solo que permitieron que los participantes coludidos continúen en el procedimiento de contratación hasta el final de la etapa precontractual, sino que recomendaron que se adjudique y suscriba el contrato, lo que efectivamente sucedió.

Tratándose de las contrataciones realizadas por CELEC EP, al igual que en los procedimientos anteriores, era obligación de los servidores a cargo de la evaluación de ofertas, proceder a descalificar a las empresas en la que el socio mayoritario era una persona natural que estaba ejerciendo un cargo de elección popular,⁴¹⁹ en aplicación no solamente de lo previsto en el formulario, sino por lo dispuesto en la propia LOSNCP y su reglamento general. Igual proceder ameritaba el caso del procedimiento de contratación en el que resultó adjudicado MARDCOMSA, cuando la configuración de las aportaciones varió, en virtud de lo cual MARZAM tenía un 80%, y el dignatario en mención un 11% como persona natural; porque seguía incurriendo en las inhabilidades de la ley y reglamento del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁴²⁰

Todas las contrataciones antes analizadas, además de ameritar las sanciones previstas por nuestro ordenamiento jurídico para los *oferentes*, por adecuar sus conductas a las infracciones que prevé la ley de la materia o los respectivos contratos,⁴²¹ conllevan la posibilidad de una determinación de *responsabilidades administrativas* para los *servidores públicos* que intervinieron en la etapa precontractual de cada uno de los procedimientos;⁴²² sin perjuicio de que paralelamente se genere *responsabilidad civil*

⁴¹⁹ Me refiero a las empresas MARZAM y MARDCOMSA, en las que el prefecto provincial tenía una participación del 94.49% y 57,75%, respectivamente.

⁴²⁰ En este último caso debió actuarse como en el procedimiento de contratación LICBS-CELEGU-006-17 en la que participaron asociadas las empresas MARZAM y MARDCOMSA, y que fueron descalificadas por cuanto uno de los partícipes, esto es la empresa NEGOCIOS INMOBILIARIOS NEGOCORP, a su vez tenía como socio a una persona natural que resultó electa como asambleísta provincial, y que por tanto estaba impedido de participar de conformidad con la Constitución, en concordancia con la LOSNCP, reglamento general y el Código de la Democracia como antes quedó expuesto.

⁴²¹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1561. Esta disposición nos dice que el contrato constituye ley para las partes.

⁴²² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 45. Prescribe que la responsabilidad administrativa culposa de los servidores públicos, se genera debido a la inobservancia de disposiciones legales relacionadas con un determinado asunto, y sobre el incumplimiento de funciones, atribuciones, obligaciones y deberes que sean de su competencia, por el cargo que desempeñan o que se hayan previsto en estipulaciones contractuales. Además, según el núm. 3 de la señalada disposición, prescribe que incurren también en esta responsabilidad, cuando la acción u omisión del servidor permita la violación de leyes, normativa específica expedida por instituciones del Estado, o de normas obligatorias de índole general emitidas por autoridad competente, incluidas las relativas al desempeño de cargos.

extracontractual,⁴²³ que corresponde asumir personal y pecuniariamente a quien le sea imputable el daño;⁴²⁴ y, eventualmente hasta una *responsabilidad penal* si los hechos así lo ameritan.⁴²⁵

Como corolario de lo mencionado no está por demás decir que, debido a la falta de aplicación de normas previas, claras y públicas aplicables a los procedimientos de contratación pública; dichas inobservancias, según el caso, podrían conllevar inclusive una vulneración de derechos constitucionales; los que están protegidos por garantías de igual naturaleza.⁴²⁶

3.2. Consecuencias en la etapa de ejecución de los contratos

Al igual que en el caso anterior, el formulario de la oferta en su parte de *presentación y compromiso* de los modelos de pliegos, inteligentemente prevé la posibilidad de terminar anticipada y unilateralmente los contratos que estén en ejecución, si con posterioridad a su suscripción las entidades públicas detectaren alguna transgresión que no se hubiere identificado en la *etapa precontractual*. Esta posibilidad surge de la cláusula respectiva del modelo de contrato, que dispone que el pliego y la oferta presentada por el contratista forman parte del mismo, y en tal virtud las causales de terminación que contiene dicho documento habilita a la contratante a ejercer su facultad exorbitante.⁴²⁷

De todos los procedimientos de contratación analizados, solamente en uno se tomó el respectivo correctivo en la fase de selección, y se procedió a descalificar al consorcio oferente del que formaba parte una persona jurídica que a su vez tenía como socio a una persona natural que estaba inhabilitado para participar, y por ende para suscribir contratos con las instituciones del Estado; en todos los demás se suscribieron los contratos, y en su mayoría transcurrieron sus plazos sin que se identifiquen las anomalías comentadas,

⁴²³ Si eventualmente la entidad contratante asume pecuniariamente frente al proveedor afectado, obligatoriamente deberá ejercer el derecho de repetición conforme a lo señalado en el art. 11 núm. 9 de la Constitución, inc. tercero del art. 99 de la LOSNCP, y el art. 328 del COGEP.

⁴²⁴ Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil*, t. III, 10.^a ed., (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 253.

⁴²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 99 inc. tercero.

⁴²⁶ Nos referimos al derecho a la *seguridad jurídica* mencionado en líneas anteriores.

⁴²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 94 núm. 6.

consecuentemente se ejecutaron y hasta se realizó la entrega-recepción definitiva correspondiente.⁴²⁸

De igual forma, en dos de las contrataciones objeto de estudio, además de ameritar las sanciones a los *oferentes*, conllevaron a que la Contraloría General del Estado determine *responsabilidad civil culposa* en contra de los *servidores públicos* que intervinieron en la *etapa de ejecución contractual* de esos procedimientos,⁴²⁹ debido que se recibieron bienes distintos a los contratados, y que tenían un costo inferior al que se pagó por aquellos; lo cual no excluye a dichos funcionarios de sus *responsabilidades administrativas*, y tampoco agotó la atribución del órgano de control para identificar indicios de *responsabilidad penal*.⁴³⁰

La *responsabilidad civil* a la que nos referimos en este caso debía alcanzar también a los *contratistas*, porque según la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el daño no proviene únicamente de la acción u omisión culposa de los *servidores públicos*, sino además de las personas naturales o jurídicas de derecho privado, por los perjuicios económicos ocasionados a una institución del Estado; por lo que la Contraloría General del Estado generalmente procede a predeterminar dicha responsabilidad mediante *glosas*,⁴³¹ las que pueden ser confirmadas o desvanecidas, una vez que se agote el *debido procedimiento*.

En el caso de las contrataciones de equipos de esterilización, la *responsabilidad civil culposa* es consecuencia de la recepción de bienes que no cumplían con las especificaciones técnicas previstas en el pliego, y que estaban sobrevalorados en relación con el precio de mercado, por tratarse de lavadoras de platos; situación que además genera la obligación del contratista de responder *solidariamente* por tal situación, toda vez que

⁴²⁸ De los cuatro procedimientos de contratación del MSP, dos de ellos fueron terminados anticipada y unilateralmente, pero la causal fue el incumplimiento del contrato.

⁴²⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 52. Dice que la responsabilidad civil culposa surge de una acción u omisión culposa (pero no intencional) de un servidor público o de un tercero, ya sea porque fue autor o por cuanto se benefició de un acto administrativo, sin tomar cautela, precautela o la precaución necesarias para impedir resultados perjudiciales (directos o indirectos) a bienes o recursos públicos; situación que genera la obligación jurídica indemnizatoria por ese perjuicio económico ocasionado al Estado y sus instituciones, y que nace sin convención (extracontractual), regulado por las normas del cuasidelito de nuestro Código Civil; esto último que ratifica una vez más la articulación del derecho público con el derecho privado, en este caso sustentada en un procedimiento de contratación.

⁴³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 99 inc. tercero. Disposición que concuerda con el art. 65 y siguientes de la LOCGE.

⁴³¹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 53. Según esta disposición la responsabilidad civil culposa es de dos especies, la glosa y la orden de reintegro, cada una de las cuales tiene su procedimiento administrativo para su predeterminación, notificación, confirmación o desvanecimiento, e impugnación en sede administrativa y judicial.

recibió un pago que afectó a los recursos públicos,⁴³² mientras que la *responsabilidad penal* del contratista no provendría únicamente de la falsificación y uso de documentos falsos en la *etapa precontractual*, sino que –según mi opinión– cabía el delito de engaño a la contratante respecto a la identidad y calidad de lo adquirido, detectado en la *etapa de ejecución del contrato*.⁴³³

3.3. Consecuencias en la etapa pos contractual

De la casuística expuesta debo rescatar el procedimiento de contratación realizado por el IESS, caso en el que el contrato se suscribió el 13 de marzo de 2012, y con un plazo para su ejecución de 730 días contados a partir de la acreditación del anticipo, lo cual se produjo el 4 de abril de 2012,⁴³⁴ por lo que su finalización se produjo el 4 de abril de 2014.⁴³⁵

Sobre la base del examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado planteó una acción contencioso-administrativa por nulidad de contrato, demanda calificada el 11 de septiembre de 2013, y la sentencia aceptando tal pretensión se dictó el 16 de marzo de 2016.

Por su parte la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, inició su investigación por la denuncia presentada el 1 de octubre de 2013, y concluyó con la emisión de una resolución administrativa de sanción por falseamiento de la competencia, lo que se produjo el 7 de septiembre de 2015.⁴³⁶

Vale decir también que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social emitió una resolución el 24 de enero de 2018, en la que dispuso remitir el informe concluyente de su propia investigación sobre el caso a la Contraloría General del Estado, para que determine la existencia de responsabilidades civiles, administrativas o indicios

⁴³² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 44. Dice que la responsabilidad solidaria es aquella que recae sobre dos o más personas que aparecen como coautoras de una acción, inacción u omisión de índole administrativa, que en los casos en cuestión lo constituyen las entregas y recepciones de los bienes, según consta en las actas respectivas.

⁴³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 235. Este delito forma parte de los aquellos cometidos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes de mercado.

⁴³⁴ Esta fecha consta en el informe DADSySS-0008-2013.

⁴³⁵ Esto sin considerar suspensiones o prórrogas del plazo contractual.

⁴³⁶ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.º SCPM-CRPI-2015-019*, accedido 31 de marzo de 2018, <https://www.slideshare.net/AnibalCarrera1/scpm-crpi2015019a019ds>.

de responsabilidad penal en contra de los servidores del IESS, que en su momento fueron titulares de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar, por el presunto incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias.⁴³⁷

Como se puede colegir, la sanción administrativa de la mencionada Superintendencia, el fallo judicial de la instancia contencioso-administrativa, y el resultado del control social, se produjeron con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, resultando imposible que se tomen los correctivos necesarios durante las etapas *precontractual* y *contractual*; y, pese a que el examen especial de la Contraloría General del Estado culminó cuando el contrato apenas había cumplido su primer año de ejecución, los servidores públicos de la contratante no tomaron acción alguna para sancionar al contratista, cuando en sus conclusiones inclusive se identificaron incumplimientos y causales que ameritaban la terminación anticipada y unilateral del contrato.

Lo antes dicho permite concluir que, aun cuando la LOSNCP prevea *acción pública*⁴³⁸ para la denuncia de actos de corrupción de la *entidad contratante* como del *contratista*, las acciones de las instituciones de control e inclusive de la sociedad civil son tardíos,⁴³⁹ diluyéndose así la posibilidad de que efectivamente se impongan sanciones administrativas, civiles o penales por tales actos.

4. Propuesta de solución

En agosto de 2008 entró en vigencia la LOSNCP, la cual estableció el Sistema Nacional de Contratación Pública y creó el entonces INCOP,⁴⁴⁰ no obstante el actual

⁴³⁷ Ecuador Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Resolución No. PLE-CPCCS-895-24-01-2018-E*, de 24 de enero de 2018, 1-2, <https://es.slideshare.net/AnibalCarrera1/ple-cpccs89524012018e-24-enero-2018>. Con esta resolución el pleno del CPCCS, remitió el informe concluyente de la investigación n.º 049-2016, realizado por la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción.

⁴³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, disposición general octava.

⁴³⁹ El Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social emitió la resolución n.º PLE-CPCCS-895-24-01-2018-E de 24 de enero de 2018, en la que dispuso remitir el informe concluyente de la investigación n.º 049-2016, a la Contraloría General del Estado, para que determine la existencia de responsabilidades civiles, administrativas o indicios de responsabilidad penal en contra de los servidores del IESS, que desempeñaron el cargo de Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar, en relación, con un presunto incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias.

⁴⁴⁰ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, 14 de octubre de 2013, disposición transitoria tercera. Se modificó la denominación de Instituto Nacional de Contratación Pública, por Servicio Nacional de Contratación Pública.

SNCP tuvo como antecedentes el Sistema de Compras Públicas creado en el año 2007,⁴⁴¹ complementado con el portal de información de compras públicas;⁴⁴² y, con el primer procedimiento electrónico experimental que fue la subasta inversa;⁴⁴³ lo que evidencia los esfuerzos previos de lo que actualmente tenemos vigente en la normativa de contratación pública.⁴⁴⁴

El trasfondo de esta nueva visión de las compras públicas del Estado radica en el establecimiento de un sistema nacional que empezó a regir la contratación pública en el Ecuador, el cual está conformado por múltiples sujetos como el actual Sercop como ente rector de la materia, las entidades contratantes, los proveedores del Estado,⁴⁴⁵ la Contraloría y Procuraduría generales del Estado, las superintendencias como organismos de control, y otras instituciones de la administración pública.⁴⁴⁶

De igual forma la operatividad del SNCP tuvo su fundamento en la implementación de las TIC, para la plena utilización de las herramientas del sistema.⁴⁴⁷ No obstante debemos tener presente que la contratación pública por medios electrónicos forma parte de un proyecto mayor aún como lo es el *gobierno electrónico*, por lo que los beneficios concretos de este último se extienden –en teoría– a todos los actores que intervienen en compras públicas, tales como la ampliación de la base de proveedores, eficiencia por la reducción de los precios de las contrataciones, transparencia de la información respecto de la planificación de las contrataciones a ser realizadas por parte de las instituciones contratantes, disminución de prácticas colusorias en las contrataciones,⁴⁴⁸ y, mayor y mejor publicidad de la información y documentación de los procedimientos de contratación.⁴⁴⁹

⁴⁴¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 258*, Registro Oficial 66, 18 de abril de 2007, parte resolutive.

⁴⁴² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 744*, Registro Oficial 221, 28 de noviembre de 2007, art. 1.

⁴⁴³ Ecuador, *Decreto ejecutivo 1091*, Registro Oficial 351, 3 de junio de 2008, art. 9.

⁴⁴⁴ Inés María Baldeón Barriga y Carlos Baldeón Barriga, *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*, 2.^a ed. (Quito: Mikarian, 2011), 15-6.

⁴⁴⁵ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 10. Prescribe que una entidad contratante a su vez puede ser proveedor, para lo cual deberá obtener su RUP, igual que cualquier otra persona jurídica (privada).

⁴⁴⁶ Podemos mencionar a la Senplades, y los actuales MEF y MCEIP.

⁴⁴⁷ Del cual forma parte el portal de compras públicas, a través del que se realizan los procedimientos de contratación pública; la administración del RUP, el registro de entidades contratantes, y el paulatino desarrollo de servicios electrónicos para los usuarios, principalmente oferentes y aspirantes a oferentes.

⁴⁴⁸ Gonzalo Suárez Beltrán y Roberto Laguado Giraldo, *Manual de contratación pública para América Latina*, (Santiago de Chile: Junta de Publicaciones de las Naciones Unidas, 2007), 28-9, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3550>.

⁴⁴⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 4. La publicidad constituye uno de los principios de la contratación pública, que se

Lo anterior se complementa con los objetivos ya previstos en la propia LOSNCP,⁴⁵⁰ particularmente con una atribución conferida al Sercop, como lo es la interconexión entre plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados,⁴⁵¹ ante lo cual surge una pregunta ¿el Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra interconectado con otros sistemas de las demás administraciones públicas? En principio la respuesta sería *sí*, pero parcialmente, por cuanto a la presente fecha sabemos que el SNCP tiene interoperabilidad con los sistemas del Servicio de Rentas Internas y con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Esto implica que en el portal de compras públicas automáticamente inhabilita a los proveedores de las instituciones del Estado, cuando mantienen deudas pendientes por impuestos, intereses, multas y recargos con la administración tributaria central,⁴⁵² o por concepto de obligaciones con el IESS, sean estos aportes, fondos de reserva,⁴⁵³ intereses, intereses por mora y multas.

Únicamente cuando el portal de compras públicas se encuentre completamente interconectado y en plena interoperabilidad con los otros sistemas de las instituciones públicas afines a la contratación pública, se podría hablar de una verdadera *utilidad*, porque no solo estará en condiciones de servirse de información asociada a su quehacer, sino que además estará en condiciones de ofrecer servicios complementarios asociados con el tratamiento informático de datos⁴⁵⁴ para usuarios internos y externos, independientemente si estos últimos son ciudadanos, empresas privadas u otras administraciones públicas.

Sin embargo la interconexión del sistema de contrataciones del Estado y del portal compras públicas, luego de una década de vigencia es extremadamente reducida, porque el *gobierno electrónico* ha tenido avances en otras instituciones y empresas públicas, así

complementa y articula con el de legalidad, el trato justo, la igualdad, la calidad, la vigencia tecnológica, la oportunidad, la concurrencia, la transparencia y la participación nacional.

⁴⁵⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9.

⁴⁵¹ *Ibíd.*, art. 10 núm. 11.

⁴⁵² Sobre este punto debo hacer una observación en particular, porque el SENA E también es considerado Administración Tributaria Central, conforme a lo establecido en el COPCI, por lo que también debería operar la interconexión entre el Sercop y aquel.

⁴⁵³ Ecuador, *Ley para el pago mensual del fondo de reserva y régimen solidario de cesantía por parte del Estado*, Registro Oficial 644, Suplemento, 29 de julio de 2009, disposición transitoria primera. Según esta norma nos referimos a aquellos casos en los que los trabajadores soliciten por escrito que dicho pago no se realice a ellos directamente, situaciones en las que esos valores deben ingresar al fondo individual de reserva de cada trabajador a través del IESS.

⁴⁵⁴ Miguel Ángel Bernal Blay, “Plataforma de contratación del Estado”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública* (Madrid: Iustel, 2009), 473.

como en la banca pública y privada cuyo capital pertenece al Estado,⁴⁵⁵ citando casos como la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros,⁴⁵⁶ Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información,⁴⁵⁷ Ministerio del Ambiente,⁴⁵⁸ Ministerio del Interior, Secretaría de Derechos Humanos,⁴⁵⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio del Trabajo, Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación;⁴⁶⁰ Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, Corporación Nacional de Telecomunicaciones, Corporación Financiera Nacional, Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Banco del Pacífico.⁴⁶¹

Los sistemas de la mayoría de las instituciones señaladas deberían estar interconectados e intercambiar información con el portal de compras públicas,⁴⁶² lo que resultaría extremadamente útil para el caso de los servidores públicos de las entidades contratantes, vinculados a las diferentes fases de los procedimientos de contratación, porque contribuiría a la realización eficiente de sus labores, que a su vez redundaría en un beneficio institucional, así como también en la aplicación práctica de los principios previstos en la LOSNCP, particularmente en cuanto a los proveedores se refiere.

⁴⁵⁵ Revista EKOS, *Gobierno Electrónico + Innovación 2014*, 2.ª ed. (Quito: Revista EKOS, 2014), 86-127.

⁴⁵⁶ Si bien el texto corporativo referido en la nota anterior aludía a la Superintendencia de Bancos y Seguros, los núms. 1 y 2 de la disposición reformativa primera del COMF, se estableció que en la legislación vigente se sustituya "Superintendencia de Bancos y Seguros" por "Superintendencia de Bancos", y "Superintendencia de Compañías y Valores" por "Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros", con lo cual el sector seguros pasó a ser competencia de éste último organismo de control y vigilancia.

⁴⁵⁷ Esta dependencia se suprimió mediante decreto ejecutivo 5 de 24 de mayo de 2017, publicado en el Registro oficial Segundo Suplemento 16 de 16 de junio de 2017, que en su art. 2 núm. 3 redistribuyó las competencias de la desaparecida institución, y las correspondientes a gobierno electrónico fueron transferidas al Mintel.

⁴⁵⁸ Mediante decreto ejecutivo 533 de 3 de octubre de 2018, publicado en el Registro Oficial 360 de 5 de noviembre de 2018, se dispuso la fusión del MAE con la Secretaría del Agua; no obstante mediante el decreto ejecutivo 709 de 28 de marzo de 2019, publicado en el Registro Oficial 458 de 1 de abril de 2019, se dejó sin efecto dicho proceso de unificación.

⁴⁵⁹ Mediante decreto ejecutivo 560 de 14 de noviembre de 2018, se transformó el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en la actual Secretaría de Derechos Humanos.

⁴⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, Suplemento, 4 de febrero de 2016, art. 5.

⁴⁶¹ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Normas de LOSCCA son aplicables para el banco del pacífico, naturaleza jurídica de derecho privado*, 2009, 3, http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B. Según este pronunciamiento que consta en el oficio n.º 7227 de 5 de mayo de 2009, se aclaró que esta institución financiera es una persona jurídica de derecho privado, cuyo capital pertenece en su totalidad al Estado ecuatoriano.

⁴⁶² El listado de entidades públicas puede aumentar exponencialmente, si consideramos que muchas de ellas son beneficiarias o están facultadas para el cobro de determinados valores, sean estos impuestos, tasas, contribuciones, precios públicos, intereses, multas, recargos, entre otros más; casos en los que los proveedores pueden incurrir en la inhabilidad de deudor moroso del Estado o de sus instituciones.

4.1. Problemas jurídicos a corregir o resolver

Sobre la base de los casos expuestos al inicio de este capítulo, considero que la interconexión e interoperabilidad pueden coadyuvar en una adecuada práctica diaria de la contratación pública, evitando contingencias a todos sus actores, que se pueden presentar en el corto, mediano o largo plazo; y, fundamentalmente, salvaguardar los ingentes recursos públicos que diariamente se invierten en compras públicas.

En el caso de la adquisición de camas hospitalarias realizada por las unidades desconcentradas del Ministerio de Salud Pública, si los servidores públicos encargados de la calificación de las ofertas, hubiesen indagado sobre el buen uso del anticipo, solicitando información bancaria para conocer el destino de los recursos económicos transferidos;⁴⁶³ o, si hubiesen verificado en la base de datos del SRI, para conocer sobre el pago del impuesto de salida de divisas, identificando posibles transacciones por compras de equipos al fabricante que se encontraba el exterior; o, sobre la veracidad de la documentación original o certificada, incorporada en la oferta entregada por parte de la compañía que resultó adjudicataria, se habría podido conocer anticipadamente, que el contratista estaba realizando los trámites y las gestiones necesarias para cumplir con la provisión de los bienes conforme a lo solicitado en el contrato; o que presumiblemente estaba involucrado en el cometimiento de uno o varios delitos que iba a afectar la fe pública y la buena marcha de la administración.

Asimismo, podría haberse identificado el *abuso del derecho*⁴⁶⁴ en el que incurrió el contratista, específicamente en materia de derecho de la competencia y propiedad

⁴⁶³ Ecuador, *Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera*, Registro Oficial 150, Segundo Suplemento, 29 de diciembre de 2017. Esta incorporó la disposición general décima en la LOSNCP, que establece que toda la información relacionada con los pagos recibidos por los contratistas y sub contratistas del Estado, y sus respectivos movimientos financieros, tendrán el carácter de pública, y que deberá difundirse a través de un portal que permita detectar el flujo de los fondos públicos, sin que pueda alegarse reserva tributaria, societaria, bursátil ni bancaria. Dispone además que en el proceso de interoperabilidad deben actuar el Sercop, el Ministerio de Economía y Finanzas, el SRI, el BCE, la UAFE y las demás entidades involucradas que cuenten con información necesaria para el cumplimiento dicha disposición. No obstante, previo a esta reforma los modelos de pliegos del Sercop, en la cláusula de la forma de pago, ya se incluyó una estipulación que obligaba a los contratistas, a depositar el valor del anticipo, en una cuenta de una institución financiera estatal, o privada de propiedad del Estado en más de un 50%. Pero además, los contratistas autorizaban expresamente que se levante el sigilo bancario de la respectiva cuenta para verificar que los movimientos correspondan estrictamente a la ejecución contractual, sin que pueda destinarse el anticipo a fines ajenos.

⁴⁶⁴ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. sin número a continuación del art. 36. Prescribe que se configura el abuso del derecho, cuando su titular excede de forma irracional y de modo manifiesto sus límites, pervirtiendo o desviando, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.

intelectual; que en el caso de la LORCPM se denomina *violación de normas*, tipificada como una práctica desleal, porque la empresa contratista prevaleció en el mercado incumpliendo normas de contratación pública y de competencia, al actuar como agente económico activo en el mercado, sin contar con autorizaciones del fabricante o de uno de los distribuidores acreditados, que le faculen a comercializar los bienes requeridos por la entidad contratante.⁴⁶⁵

Además, los servidores públicos de la entidad contratante, debían informar a los distribuidores autorizados por el fabricante para la comercialización de los bienes objeto del contrato, para que ejerzan las acciones legales ante la propia SCPM, por *actos de engaño, de imitación, por explotación de la reputación ajena, o por violación de normas*; y, también para que hagan valer sus derechos ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales,⁴⁶⁶ por el *abuso del derecho de propiedad intelectual*, que faculta a los jueces a inspeccionar, monitorear y sancionar esta práctica, bien sea por pedido del titular del derecho o de un tercero interesado;⁴⁶⁷ pero también el inicio de acciones administrativas o judiciales por el uso indebido de la *marca* del fabricante, que incluía la posibilidad de que se investigue y sancione penalmente por la falsificación de la marca.⁴⁶⁸

Lo anterior, sin perjuicio del *deber de denunciar* de los empleados públicos, cuando tienen conocimiento de situaciones que puedan conllevar el presunto cometimiento de delitos; en este caso la falsificación y uso de esos documentos falsos.⁴⁶⁹

En lo que respecta a los esterilizadores de instrumental médico, la información de bases de datos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; habría permitido a los funcionarios estatales, conocer a las personas naturales que formaban parte de las sociedades mercantiles concursantes; así como también determinar que los representantes legales de las dos únicas compañías que concurrieron a la etapa final del procedimiento de contratación, tenían un grado de parentesco entre sí; y que estos a su vez eran consanguíneos de una socia común de las dos empresas, por lo que su conducta tuvo como objeto y efecto real impedir, restringir, falsear o distorsionar la libre competencia; pero

⁴⁶⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 27 núm. 9.

⁴⁶⁶ El Código Ingenios denomina a esta institución como la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.

⁴⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 553.

⁴⁶⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 208A.

⁴⁶⁹ *Ibíd.*, art. 328.

también, porque no se trataba de ofertas independientes, precisamente por ese parentesco entre las personas físicas que eran socias y directivos de ambas compañías.⁴⁷⁰

A este caso también resultan aplicables los comentarios sobre las camas hospitalarias, pero como la adquisición de los supuestos esterilizadores sí se concretó, y culminó con la entrega-recepción definitiva, se configuró un perjuicio para la entidad contratante por el *acto de engaño*, porque no se trataba de los bienes que solicitó en el pliego del procedimiento, no eran comercializados por un distribuidor autorizado del fabricante, no contaban con la calidad requerida para la esterilización del instrumental que se usaba en los pacientes del establecimiento de salud; y además, no cumplían con las condiciones de venta, principalmente la falta de garantías técnicas, la dificultad de adquirir repuestos o accesorios, la imposibilidad de una reposición temporal o definitiva, y la ausencia de mantenimientos preventivos y correctivos por parte de técnicos calificados. De tal forma que en este caso, el organismo público, además de aplicar lo dispuesto en la normativa del SNCP, esto es la terminación unilateral del contrato y el consecuente registro como contratista incumplido por el lapso de cinco años, que impide ser proveedor del Estado y sus instituciones; estaba facultado a denunciar los hechos a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, para que inicie la investigación respectiva, y una vez cumplido el debido procedimiento administrativo, imponga la sanción por la *infracción grave*⁴⁷¹ cometida, equivalente a una *multa* de hasta el 10% del volumen de negocios total del operador económico infractor, calculada según el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la penalidad.⁴⁷²

Adicionalmente, los servidores públicos, en cumplimiento del *deber de denunciar* situaciones que puedan conllevar el presunto cometimiento de delitos; tenían que haber denunciado la falsificación y uso de esos documentos falsos; e igualmente tenían que iniciarse acciones por el engaño al comprador, respecto a la identidad o calidad de los bienes adquiridos; porque fraudulentamente se entregaron equipos distintos a los estipulados en el objeto del contrato.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Vale recordar que, el representante legal de la empresa que resultó ganadora en la etapa de puja, era hijo de la representante legal de la compañía que quedó en segundo lugar; pero además, ambas sociedades tenían una partícipe en común, que era hermana e hija respectivamente, de los representantes legales de esas empresas.

⁴⁷¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 78, núm. 2, lit. c).

⁴⁷² *Ibíd.*, art. 79 lit. b). Además se establecen otras formas de cálculo para la imposición de las multas.

⁴⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 235.

Respecto de la contratación del servicio de atención de llamadas telefónicas del IESS, los servidores públicos a cargo de las etapas precontractual, de ejecución contractual y pos contractual, no tomaron los correctivos necesarios para evitar la colusión entre dos de las empresas participantes, una de las cuales resultó adjudicada y contratada; por el contrario, sus omisiones, deliberadas o por un aparente desconocimiento de la ley, provocaron que sean otras instituciones las que actúen para restablecer la observancia del ordenamiento jurídico.

La SCPM, por denuncia de uno de los oferentes afectados por el pacto colusorio, sobre la base de los documentos que constaban en el portal de compras públicas administrado por el Sercop, determinó que en las propuestas existe documentación idéntica entre las compañías coludidas; inclusive habían documentos pertenecientes a la una empresa en los que se mencionaba a la otra, y viceversa; evidenciando que existía una conexión innegable entre ellas.⁴⁷⁴ Igualmente, ese órgano de control solicitó al Ministerio de Trabajo,⁴⁷⁵ información sobre el pago de utilidades de las sociedades investigadas, y sobre el personal que laboraba en relación de dependencia en cada una de ellas; comprobando por una parte, que una misma persona natural entregó las ofertas de las dos supuestas empresas competidoras; y por otra, que ninguna de ellas contaba con la experiencia en la prestación del servicio objeto del contrato, ni con personal calificado para la ejecución contractual.

Esta última situación motivó a la SCPM, a solicitar a las máximas autoridades del IESS, para que revisen la conducta de los funcionarios públicos que tuvieron a su cargo la ejecución de la etapa precontractual, en la que se calificaron las ofertas que aparentemente cumplían con lo solicitado en el pliego del concurso, y que no fueron rechazadas; recomendación que se fundamentó en la resolución de primera instancia de esa superintendencia, en la que se mencionó el posible cometimiento de otro pacto colusorio, entre los proveedores y los compradores, actuación que también está prohibida por la normativa de poder de mercado;⁴⁷⁶ pero que además podría haber configurado el cometimiento de un delito, tipificado en nuestro código penal como cohecho.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.º SCPM-CRPI-2015-019*, accedido 31 de marzo de 2018, <https://www.slideshare.net/AnibalCarrera1/scpm-crpi2015019a019ds>.

⁴⁷⁵ En el año 2015 esa secretaría estatal se denominaba Ministerio de Relaciones Laborales.

⁴⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11 núm. 21.

⁴⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 280. Este delito sanciona con pena privativa de libertad, a los servidores públicos que reciban o acepten, por sí o por intermediarios, beneficios económicos indebidos o de alguna otra clase, para sí o para

Sobre la actuación de la Procuraduría General del Estado en este caso, si bien planteó la respectiva acción contencioso-administrativa por nulidad de contrato, en mi opinión su actuación no fue la más prolija, porque fundamentó la demanda en causales que se limitaban al ámbito de la LOSNCP, como la omisión de solemnidades legales previstas en esa ley, y que las ofertas debieron haber sido rechazadas; dejando de lado el evidente pacto colusorio entre proveedores, y posiblemente con servidores públicos de la entidad contratante, que se enmarcan en el ámbito de la LORCPM.

En lo que concierne a las contrataciones realizadas por CELEC, tres contratos fueron suscritos y ejecutados por parte de personas que se encontraban inhabilitadas para negociar con el Estado y sus instituciones; situación que seguramente se habría podido impedir, al acceder a información de las bases de datos del propio Sercop, de la SCVS, del CNE, y de la DGRCIC; en las que consta información relevante de las personas naturales o jurídicas que tienen contratos con entidades contratantes; de las personas físicas que forman parte de las empresas participantes en calidad de socios; y de entre ellos, identificar a aquellos que por ser dignatarios están impedidos de contratar con las diferentes administraciones públicas. Sobre estas contrataciones en particular, además de las evidentes violaciones a la normativa del SNCP, considero que abre el debate político y académico sobre posibles reformas que deberían hacerse a varias disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución; y continuando por otras leyes como el Código de la Democracia, el COOTAD y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por mencionar las más relevantes.

Como corolario de lo expuesto, en mi opinión la propuesta de solución es transversal, porque los contratos administrativos suscritos al amparo de la normativa del SNCP, se articulan con otros cuerpos legales, de derecho privado y también de derecho público; y el *interés general*, en el campo de esta investigación, radica en la plena observancia de todo el orden público ecuatoriano; porque todo aquello que lo contravenga constituye un *objeto ilícito*, que a su vez trae como consecuencia, la obligatoriedad de terminar, por cualquier medio legalmente válido, todos los contratos que incurran en esta circunstancia. Siendo esta la principal razón por la que debería llegarse a un máximo nivel

terceros; sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. Asimismo somete a las mismas penas a la persona que ofrezca, dé o prometa al empleado público donativos, dádivas, promesas, ventajas o beneficios económicos indebidos, u otros bienes materiales para inducirlo a incurrir en dicha conducta punible; y, si de por medio se determina que existe responsabilidad de una persona jurídica, será sancionada con la disolución y liquidación, y al pago de una multa de entre quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

de interconexión e interoperación, para que la contratación pública electrónica y sus actores, se beneficien de las bondades que ofrecen los sistemas de las diferentes administraciones públicas, cuya información resulta relevante; pero siendo aún más ambiciosos, debería plantearse como meta a muy corto plazo, la posibilidad de llegar a un nivel de interoperabilidad con sistemas de contratación pública electrónica de otros países de la región, y de otros más avanzados, como los de la Unión Europea, considerando que a partir del año 2017, entró en vigencia el Acuerdo Comercial Multipartes con los países de dicha organización, en el que se establecen las reglas de contratación pública supranacional, que están vigentes inclusive respecto de la legislación ecuatoriana.

Conclusiones

Conforme lo analizado en el presente trabajo, podemos concluir en principio que a partir del año 2007 y sobre todo en el año 2008, se produjeron cambios importantes en cuanto a contratación pública se refiere, porque no solo se expidió una nueva ley y demás normativa secundaria sobre el tema, sino que además surgió el entonces INCOP, actual Servicio Nacional de Contratación Pública, como ente rector de la materia y encargado de la administración del portal de compras públicas,⁴⁷⁸ en el cual podemos encontrar las diferentes herramientas que permiten la realización en línea de los procedimientos de contratación, constituyéndose en un importante avance de nuestro país en dicha materia.

El objeto del SNCP y la nueva institucionalidad creada para el efecto, precisamente tienen como fin el articular y armonizar a las instituciones vinculadas con los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las contrataciones de obras, bienes y servicios en los que se inviertan fondos públicos, evitando arbitrariedades en la selección de los contratistas, y ahorro de los recursos estatales.

Aun cuando las leyes y códigos que rigen la contratación pública, constituyen normativa que forma parte del derecho administrativo y del derecho público que los abarca, no podemos desconocer que las normas sobre la materia se encuentran relacionadas con otros cuerpos legales del derecho privado, que igualmente deben ser observados durante la tramitación de las diferentes etapas de los procedimientos de selección de proveedores, que posteriormente asumen la calidad de contratistas.

En materia de compras públicas, resulta indispensable aplicar todas las disposiciones atinentes a cada caso en particular, porque de esta forma todos los actores involucrados en los respectivos procedimientos de contratación, ya sean servidores públicos, oferentes, ciudadanos u organismos de control, pueden coadyuvar al cumplimiento de los *principios* que rigen la contratación estatal, y combatir así parte de la corrupción que afecta a nuestro país.

A pesar de que hace más de una década se inició el desafío de utilizar los mecanismos tecnológicos que procuren socializar los requerimientos de las entidades contratantes del sector público y promover una mayor y mejor participación de

⁴⁷⁸ www.compraspublicas.gob.ec.

proveedores; dicho propósito debe ser complementado con la especialización de los funcionarios públicos a cargo de los procedimientos de contratación, pues solo de esta forma podrán estar preparados para enfrentar la amplia casuística que se presenta diariamente en las diferentes contrataciones que regulan las normas del SNCP.

En la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública y en los otros cuerpos legales que he señalado en esta investigación, constantemente se menciona que determinadas instituciones,⁴⁷⁹ en sus calidades de autoridades nacionales, deben coordinar con el Sercop y expedir normativa secundaria específica sobre temas concretos, lo que no se ha cumplido a cabalidad, considerando que es escasa la producción de normativa interinstitucional.

Pese a que en muchas de las disposiciones de la legislación del SNCP constan normas que se refieren a la innovación de los procedimientos de contratación, a fin de que estos sean ágiles, eficientes, transparentes y tecnológicamente actualizados, que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes, de los propios oferentes y de los ciudadanos, considero que hasta la fecha no se han aprovechado todas las potencialidades de la interoperabilidad de los sistemas que administran otras administraciones públicas y que pueden coadyuvar al cumplimiento de los propósitos mencionados.

Sin perjuicio de que la interconexión e interoperabilidad de los diferentes sistemas públicos se llegue a concretar, el Estado y las entidades contratantes, deben garantizar el libre acceso a las bases de datos de las que disponen las instituciones públicas, para que los funcionarios utilicen dicha información y documentación, dentro del marco legal de las labores a ellos encomendadas, principalmente cuando son designados o delegados para calificar las ofertas presentadas por los proveedores participantes; y así identificar a quienes pretenden burlarse del ordenamiento jurídico nacional, imponerles las respectivas sanciones administrativas, civiles y penales, si fuere el caso; coadyuvando de esta forma a combatir la corrupción que siempre acecha a la contratación pública.

Considerando que se encuentra ya en vigencia el Acuerdo Comercial Multipartes suscrito por el Ecuador, Colombia, Perú y la Unión Europea, se deberían aprovechar las experiencias en materia de contratación pública de los países que la conforman, y adecuar sus aspectos positivos a nuestra realidad; así como considerar las situaciones negativas, e

⁴⁷⁹ Podemos mencionar al SRI, INEN, BCE, MAE, Senplades, Senescyt, MEF, MPCEIP, MAG, entre otras.

implementar los mecanismos necesarios para que tales situaciones se presenten en nuestro sistema de contratación del Estado.

Bibliografía

- Aguilar Andrade, Juan Pablo. “La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados”. *Foro: Revista de derecho*, n.º 13, (2010): 55-6.
- Aguirre Rivadeneira, Juan Fernando. “Incidencia del Acuerdo Comercial Multipartes, ACM en el Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4796>.
- Baldeón Barriga, Inés María y Carlos Baldeón Barriga. *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*. 2.ª ed. Quito: Mikarian, 2011.
- Baldeón Barriga, Inés María. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Bermejo Vera, José (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel, 2009.
- Bonilla Guerrero, Liz Tatiana. “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4786>.
- Cabanelas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 19.ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Cortázar Mora, Javier. *Curso de derecho de la competencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ed. Temis, 2011.
- Dávila Castro, Pablo. *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. 13.ª ed., t. 1, t. 2. Buenos Aires: Ciudad Argentina / Hispania Libros, 2015.
- Ecuador Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. *Resolución No. PLE-CPCCS-895-24-01-2018-E*, de 24 de enero de 2018. <https://es.slideshare.net/AnibalCarrera1/ple-cpccs89524012018e-24-enero-2018>.

- Ecuador Ministerio del Ambiente. “*MAE consolida propuesta regional sobre Compras Públicas Sostenibles*”. *Ministerio del Ambiente*. Accedido 28 de septiembre de 2019. <http://www.ambiente.gob.ec/mae-consolida-propuesta-regional-sobre-compras-publicas-sostenibles/>.
- Ecuador Ministerio del Trabajo, *Acuerdo Ministerial No. 242*. Registro Oficial 622, Suplemento, 6 de noviembre de 2015.
- Ecuador Procuraduría General del Estado. *Normas de LOSCCA son aplicables para el banco del pacifico, naturaleza jurídica de derecho privado*, 2009. http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B.
- . *Terminación anticipada de contrato*, 2010. http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B.
- . *Inhabilidad contratista*, 2011. http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B.
- . *Terminación por mutuo acuerdo*, 2011. http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B.
- . *Inhabilidades para contratar*, 2012. http://keops.pge.gob.ec:7780/servicios2017/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B.
- Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018.
- Ecuador Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. “PORTAL DE INFORMACIÓN / SECTOR SOCIETARIO”, *Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros*. Accedido 29 de septiembre de 2015. http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_param.zul.
- Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.º SCPM-CRPI-2015-019*. Accedido 31 de marzo de 2018. <https://www.slideshare.net/AnibalCarrera1/scpm-crpi2015019a019ds>.

Ecuador Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, “Sentencia”. En *Juicio No. 17811-2013-14713*. 16 de marzo de 2016.

Ecuador. *Codificación de la Ley de Compañías*. Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999.

———. *Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual*. Registro Oficial 426, Suplemento, 28 de diciembre de 2006.

———. *Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.

———. *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

———. *Código de Comercio*. Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.

———. *Código del Trabajo*. Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.

———. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.

———. *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016.

———. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.

———. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.

———. *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017.

———. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

———. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

———. *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

———. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Decreto Ejecutivo 258*. Registro Oficial 66, 18 de abril de 2007.

———. *Decreto Ejecutivo 338*. Registro Oficial 263, Suplemento, 9 de junio del 2014.

- . *Decreto Ejecutivo 559*. Registro Oficial 387, Suplemento, 13 de diciembre de 2018.
- . *Decreto Ejecutivo 6*. Registro Oficial 16, Suplemento, 16 de junio de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 744*. Registro Oficial 221, 28 de noviembre de 2007.
- . *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.
- . *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 110, Suplemento, 10 de julio de 2000.
- . *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*. Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011.
- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial 684, Suplemento, 4 de febrero de 2016.
- . *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.
- . *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. Registro Oficial 175, Suplemento, 20 de abril de 2010.
- . *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008.
- . *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador - Código de la Democracia*. Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009.
- . *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública*. Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017.
- . *Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera*. Registro Oficial 150, Segundo Suplemento, 29 de diciembre de 2017.

- . *Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, 14 de octubre de 2013.
- . *Ley para el pago mensual del fondo de reserva y régimen solidario de cesantía por parte del Estado*. Registro Oficial 644, Suplemento, 29 de julio de 2009.
- . *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011.
- . *Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001.
- . *Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 9, Suplemento, 7 de junio de 2017.
- . *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 697, 7 de mayo de 2012.
- . *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 697, 7 de mayo 2012.
- Escartín Escudé, Víctor. *Principios Generales de la Contratación Pública*, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, 2009.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, 1.^a ed. peruana, t.1, t. 2. Lima: Palestra / Temis, 2011.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 7.^a ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de derecho civil*. t. III, 10.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Moreta Andrés. *COA procedimiento administrativo y sancionador*. Quito: Ediciones Continentes, 2019.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho administrativo*. 4.^a ed., vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pérez, Antonio José, Daniel López y José Luis Aguilar. *Manual de contratación pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Poveda Almeida, Francisco. *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Ramírez Romero, Carlos. *Manual de práctica societaria*. t. II. Loja: Indugraf Amazonas, 2012.
- Revista EKOS, *Gobierno Electrónico + Innovación 2014*, 2.^a ed. Quito: Revista EKOS, 2014.
- Rivero Ortega Ricardo y Víctor Granda Aguilar. *Derecho administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Ruiz Carrillo, Marcelo. *Manual de propiedad intelectual*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, Quito: 2015.
- Suárez Beltrán Gonzalo y Roberto Laguado Giraldo. *Manual de contratación pública para América Latina*. Santiago de Chile: Junta de Publicaciones de las Naciones Unidas, 2007. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3550>.
- Unctad. “Ley tipo de defensa de la competencia”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2007. <https://unctad.org> > meetings > SessionalDocuments.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2016.