

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

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

“ANÁLISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN
EL SISTEMA PETROECUADOR, EN RELACIÓN CON EL
RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN”

TUTOR: DR. GENARO EGUIGUREN

WLADIMIR GARCÍA
QUITO-ECUADOR
MARZO - 2009

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

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

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

Wladimir García Vinuesa.

30 de marzo de 2009

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

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

“ANÁLISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN
EL SISTEMA PETROECUADOR, EN RELACIÓN CON EL
RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN”

TUTOR: DR. GENARO EGUIGUREN

WLADIMIR GARCÍA
QUITO-ECUADOR
MARZO - 2009

ABSTRACT

El propósito de esta tesis es identificar si PETROECUADOR y sus empresas filiales, por su naturaleza y las funciones que cumplen, requieren de procedimientos especiales de contratación para obras, bienes y servicios.

Para este fin la investigación contiene los siguientes capítulos: un Capítulo I, el cual contiene un análisis general de la contratación de obras, bienes y servicios en las instituciones públicas, actualmente regidas por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, partiendo de una definición de sus principios y su rol en la gestión pública en general; un Capítulo II, en el que se aborda el tema central de la investigación, la contratación de obras, bienes y servicios en PETROECUADOR, para lo cual se ofrece una visión panorámica y resumida de su naturaleza jurídica y las competencias que por ley le han sido asignadas para el cumplimiento de sus fines; un Capítulo III, en el que se revisan los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios en dos empresas públicas extranjeras, que por la realidad a la que responden, son muy parecidas a PETROECUADOR; y, un Capítulo IV, que contiene varias conclusiones obtenidas del desarrollo de cada uno de los capítulos, conclusiones en función de las cuales se recomienda un sistema propio de contratación de obras, bienes y servicios en el sistema PETROECUADOR.

I N T R O D U C C I Ó N

El objetivo fundamental del presente trabajo es identificar si la gestión empresarial de PETROECUADOR y sus empresas filiales, hace necesario un sistema diferente al que utilizan las demás instituciones públicas para la contratación de obras, bienes y servicios.

Para tal efecto, se identificarán las particularidades de la gestión de PETROECUADOR, para realizar un estudio comparativo entre la normativa general que rige al sector público (Nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) y la específica de PETROECUADOR, tal como estuvo concebido hasta antes de la nueva Ley, determinando las particularidades que podrían señalar la necesidad de contar con un sistema especial de contratación.

Las fuentes utilizadas han sido textos de diferentes autores, normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables al tema objeto de la investigación y textos y análisis extraídos del internet.

El alcance del trabajo tiene relación con los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios en PETROECUADOR y la normativa aplicable actualmente y antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo de lo cual, para tener una visión del contexto en el cual se inscriben dichos procedimientos, se efectúa un análisis más amplio relacionado con la gestión general que cumple PETROECUADOR, adicionalmente se revisan los sistemas de contratación de dos empresas petroleras públicas extranjeras a fin de realizar una comparación

con el caso específico de PETROECUADOR e identificar similitudes y diferencias.

La investigación contiene los siguientes capítulos: un Capítulo I, el cual contiene una revisión general de la contratación de obras, bienes y servicios en las instituciones públicas, actualmente regidas por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, partiendo de una definición de sus principios y su rol en la gestión pública en general; un Capítulo II, en el que se aborda el tema central de la investigación, la contratación de obras, bienes y servicios en PETROECUADOR, para lo cual se ofrece una visión panorámica y resumida de su naturaleza jurídica y las competencias que por ley le han sido asignadas para el cumplimiento de sus fines; un Capítulo III, en el que se revisan los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios en dos empresas públicas extranjeras, que por la realidad a la que responden, son muy parecidas a PETROECUADOR, como son PEMEX y ECOPETROL, a fin de contar con elementos de juicio adicionales para las conclusiones y recomendaciones de este trabajo; y, un Capítulo IV, que contiene varias conclusiones obtenidas del desarrollo de cada uno de los capítulos, conclusiones en función de las cuales se recomienda un sistema propio de contratación de obras, bienes y servicios en el sistema PETROECUADOR.

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS (NUEVA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA).

1.1	CONCEPTOS GENERALES.....	11
1.1.1.	ALCANCE DE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY CONTRATACIÓN PÚBLICA y DE LEY DE CONSULTORÍA.....	12
1.1.2.	ESENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN QUE SE ENCONTRABA PREVISTO EN LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LA LEY DE CONSULTORÍA.....	15
1.2	PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	17
1.2.1.	LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA.....	27
1.2.2.	PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO VIGENTE.....	22
1.3	ROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DEL ESTADO, EFICIENCIA Y EFICACIA.....	26
1.4.	PROCEDIMIENTOS.	28
1.4.1.	BIENES, OBRAS Y SERVICIOS QUE NO SON DE CONSULTORÍA.....	34
1.4.1.1.	RÉGIMEN GENERAL.....	34
1.4.1.2.	RÉGIMEN ESPECIAL.....	34
1.4.2.	SERVICIOS DE CONSULTORÍA.....	36
1.4.3.	ETAPA DE TRANSICIÓN.....	36

CAPÍTULO II

CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN EL SISTEMA PETROECUADOR.

2.1.	NATURALEZA DE LA GESTIÓN EN PETROECUADOR.....	43
------	---	----

2.2.	CONTRATOS REGULADOS POR LA LEY DE HIDROCARBUROS Y LOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS QUE CONTRATA PETROECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS ACTIVIDADES.....	48
2.2.1	ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.	48
	2.2.1.1. ACTIVIDADES DE TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS POR OLEODUCTOS, POLIDUCTOS Y GOSEODUCTOS, SU REFINACIÓN, INDUSTRIALIZACIÓN, ALMACENAMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN.	51
	2.2.1.2. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE ESTOS CONTRATOS.	51
2.2.2.	CONTRATOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS QUE CONTRATA PETROECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS ACTIVIDADES.....	52
	2.2.2.1. CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS, COMPRA Y VENTA.....	53
	2.2.2.1.1. INVITACIÓN INTERNACIONAL A OFERTAR.....	54
	2.2.2.2.2. CONTRATACION DIRECTA.....	54
	2.2.2.2. CONTRATOS DE ABASTECIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE DERIVADOS DE HIDROCARBUROS A NIVEL INTERNO.....	55
	2.2.2.3. CONTRATOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA.....	56
	2.2.2.3.1. PROCEDIMIENTOS UTILIZADOS EN PETROECUADOR PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA.....	56
	2.2.2.3.2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS EN GENERAL Y LOS UTILIZADOS EN PETROECUADOR ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	58
	2.2.2.3.2.1. SEMEJANZAS.....	58
	2.2.2.3.2.2. DIFERENCIAS.....	59
	2.2.2.3.3. PROS Y CONTRAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DESARROLLADOS POR PETROECUADOR.....	62
	2.2.2.3.3.1. ASPECTOS POSITIVOS.....	62
	2.2.2.3.3.2. ASPECTOS NEGATIVOS.....	64

CAPÍTULO III
NORMAS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN
OTRAS EMPRESAS PETROLERAS PÚBLICAS.

3.1.	EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A.....	66
3.1.1.	NATURALEZA Y EVOLUCIÓN.....	67
3.1.2.	OBJETO DE ECOPETROL – EVOLUCIÓN.....	67
3.1.3.	RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL DE ECOPETROL – EVOLUCIÓN... 	68
3.1.4.	RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL.....	69
	3.1.4.1. PARTICULARIDADES DEL DERECHO PRIVADO.....	69
	3.1.4.2. MANUAL DE CONTRATACIÓN.....	70
	3.1.4.2.1. Desarrollo de los Principios.-.....	71
	3.1.4.2.2. Marco Conceptual.-.....	72
	3.1.4.2.3. Ámbito de Aplicación.-.....	73
	3.1.4.2.4. Procesos de Selección – Clases.....	73
	3.1.4.2.5. Procesos de Selección – Trámite.....	74
	3.1.4.2.6. Fomento contratación regional.....	75
	3.1.4.2.7. Alcance.....	76
	3.1.5. CONTRATACIÓN ECOPETROL S.A.....	76
3.2.	EMPRESA DE PETRÓLEOS MEXICANOS.....	77
3.2.1.	NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DE CONTRATACIONES.....	77
3.2.2.	PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIONES.....	82
	3.2.2.1. ANTECEDENTES.....	82
	3.2.2.2. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS CON EL ACTUAL ESQUEMA DE CONTRATACIÓN?.....	83
	3.2.2.3. ¿QUÉ SE PROPONE LA INICIATIVA?.....	84
	3.2.2.4. BENEFICIOS ADICIONALES DE LA PROPUESTA.....	86
	3.2.2.5. CERTIDUMBRE JURÍDICA.....	87

3.3.	SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE CONTRATACION DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN PETROECUADOR Y OTRAS EMPRESAS PETROLERAS ESTATALES.....	88
-------------	--	-----------

CAPÍTULO IV

4.1.	CONCLUSIONES.....	90
4.2.	RECOMENDACIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	98

CAPÍTULO I

CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS (NUEVA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA)

1.1 CONCEPTOS GENERALES

Con la idea de que este trabajo sirva de orientación básicamente para aquellas personas que no han tenido la posibilidad de contar con un conocimiento medianamente profundo de la contratación pública, a continuación se señalan algunas ideas que a mi criterio serán de utilidad para una mejor comprensión del tema propuesto.

La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a pesar de contener, a más de la contratación de obras, bienes y servicios, la contratación de consultoría, mantiene la diferenciación en la fase precontractual de la contratación de estos últimos servicios profesionales especializados, partiendo de su diferente naturaleza frente a las demás, contrataciones que se contenían y venían manejando al amparo de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública y de la Ley de Consultoría; por ello considero importante empezar analizando el alcance de dichos cuerpos normativos.

1.1.1. ALCANCE DE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY CONTRATACIÓN PÚBLICA y DE LEY DE CONSULTORÍA (DEROGADAS POR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA)

Uno de los errores más comunes, es considerar que la contratación pública se agota en los aspectos contenidos exclusivamente en la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, cuando en realidad dentro de aquella, con una visión amplia, se encuentra inmersa toda contratación efectuada por los entes estatales con la finalidad de alcanzar el bien común.

Sin perder de vista esta aseveración, podríamos decir que los cuerpos legales que normaban los principales aspectos que se entenderían comprendidos en la definición “contratación pública”, sobre todo vinculados con el importante concepto de la obra pública, era: la Ley de Contratación Pública cuyo ámbito de aplicación por el objeto de la contratación es: la ejecución de obra, adquisición de bienes y prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, así como el arrendamiento mercantil con opción de compra; la Ley de Consultoría que regulaba los contratos relacionados con la prestación de servicios profesionales especializados que tengan por objeto, fundamentalmente, identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo y la vigente Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, conocida más comúnmente como Ley Modernización del Estado, la cual, a más de buscar una mayor eficiencia, desconcentración y descentralización administrativas, norma la participación del sector privado en las tareas

estatales a través de figuras específicas, entre ellas la más desarrollada y comentada, la concesión.

El contrato de obra pública no implica necesariamente la existencia de la obra pública. Puede que a través de él se realice una obra que no esté destinada a la utilidad general o colectiva. Por otra parte, la obra pública no supone necesariamente el contrato de obra pública, ya que existen otros modos para su ejecución, como la concesión de obra pública y la realización *directa* por la Administración.¹

Tal vez pecando de excesiva simpleza, vale la pena señalar que en las contrataciones realizadas al amparo de las normas contenidas en la Codificación de Ley de Contratación Pública y en la Ley de Consultoría, ahora al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Estado cuenta con los recursos necesarios y por lo tanto le ofrece al contratista una oportunidad de trabajo y en ese marco en dicha relación el Estado actúa con mayor jerarquía frente al contratista, en cambio en los procesos de modernización, como por ejemplo en el caso de concesiones, el contratista se convierte en un socio estratégico del Estado que va a realizar una inversión que aquel no se encuentra en capacidad de efectuar, por lo que el nexo responde a esa naturaleza de complementariedad.

De estos tres cuerpos normativos, Ley de Contratación Pública, Ley de Consultoría y Ley de Modernización del Estado, el más conocido y aplicado fue la Ley de Contratación Pública a la cual se la consideraba un tanto complicada por contener, a criterio de algunos, procedimientos muy largos y

¹ José Roberto, Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo, Segunda parte, Argentina, Ediciones ciudad Argentina, 1998 p 13 de 54.*

engorrosos, razón por la cual un sinnúmero de entidades públicas lograron excluirse de su aplicación, mediante la expedición de leyes propias, como es el caso de PETROECUADOR y sus empresas Filiales, leyes que les permitieron contratar con sus propios procedimientos, convirtiendo a los procedimientos comunes de la Ley de Contratación Pública en la excepción, situación que sumada a las excepciones contempladas en la propia Ley, a primera vista, tornó preocupante la situación, frente al principio de generalidad de la Ley.

Criterios como los expuestos, en cuanto a las dificultades prácticas que supuestamente presentaba la Ley de Contratación Pública, justificaron la gran mayoría de sus últimas reformas, verificadas básicamente mediante la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000, las cuales fundamentalmente redujeron los procedimientos comunes a dos: la Licitación y el Concurso Público de Ofertas y eliminaron el cumplimiento de algunos requisitos como por ejemplo: informe de desagregación tecnológica de la desaparecida Comisión Ecuatoriana de Bienes de Capital, cuyas funciones fueron asumidas por el Ministerio de Industrias y Competitividad, informe a los documentos precontractuales por parte de la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, entre otros; en busca de una mayor agilidad, estas modificaciones fueron recogidas en la Codificación a la Ley de Contratación Pública, promulgada en el Registro Oficial No. 272, de 22 de febrero del 2001.

En este punto me parece importante realizar un paréntesis y señalar que a mi modesto entender el problema básico en la aplicación eficaz de la anterior normativa, era su desconocimiento, sobre en todo en lo relativo a consultoría.

Ojalá esto no se vuelva a repetir con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual sería recomendable que en todas las facultades de Derecho se ofrezca esta asignatura, que se creen espacios de discusión que generen soluciones a las dificultades más apremiantes para su aplicación y que la capacitación a los operadores jurídicos sea permanente.

Retomando el tema, la esencia diferente de los contratos de consultoría frente a los de obras, bienes y servicios, han determinado, que tanto en la anterior normativa como en la actual los procedimientos para dichas contrataciones sean de naturaleza distinta; puesto que a pesar de que en ambos casos de lo que se trata en general es de un procedimiento de selección del proveedor que ofrezca las mejores condiciones al Estado, la Codificación de la Ley de Contratación Pública contenía procedimientos licitatorios en los cuales un aspecto determinante es el precio; en cambio, la Ley de Consultoría contenía Concursos de merecimientos en los que el aspecto fundamental tiene relación directa con la formación académica y características específicas del futuro contratista, situación que obedece a que, en el caso de consultoría lo que prima es el trabajo intelectual originado en una sólida formación académica alimentada por las experiencias obtenidas en el ejercicio profesional.

1.1.2. ESENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN QUE SE ENCONTRABA PREVISTO EN LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LA LEY DE CONSULTORIA.

En atención a las consideraciones expuestas anteriormente, desde el punto de vista de la doctrina podemos decir que el proceso licitatorio es aquel

en el cual, en nuestro caso en particular, una entidad del Estado solicita a los posibles interesados presenten sus propuestas o sus ofertas de trabajo observando los requerimientos y demás requisitos establecidos por dicha institución y que una vez efectuada la comparación entre las mismas, adjudica el contrato a aquel oferente que cumpliendo con dichos requerimientos y acreditando la idoneidad jurídica, técnica y financiera necesarias, ofrece el precio más conveniente para la entidad.

En cambio el concurso de la Ley de Consultoría es aquel proceso de selección en el cual, si bien el alcance del objeto del contrato debe estar definido en forma precisa, existe cierta libertad para que el oferente proponga aquello que considere más acertado en atención a su formación académica y experiencia, la institución pública una vez revisadas las propuestas determina un orden de prelación a fin de que la institución entre a negociar la oferta técnica y económica y en caso de llegar a un acuerdo se le adjudica el contrato.

Los señalado obviamente teniendo claro que la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública norma los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría, sin embargo, para éstos últimos, como quedó señalado, determina procedimientos propios, atendiendo, a su diferente naturaleza frente a los demás servicios (guardianía, alimentación, transporte, guardería, limpieza entre otros.)

A continuación realizaremos una revisión rápida de los principios que deben regir la contratación pública.

1.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.2.1. LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA.

Los autores que han tratado el tema señalan que los principios que regulan la fase preparatoria de la contratación pública son básicamente: igualdad, oposición y concurrencia; publicidad y transparencia; legalidad y equidad; y, eficiencia:

El maestro Roberto Dromi señala:

La libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia son los principios jurídicos o propios que hacen a la esencia y existencia de la licitación. A estos principios se les suman los de equidad y eficiencia que establece la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)

a) Libre concurrencia. El principio jurídico de libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e implica la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.

(...)

b) Igualdad entre los oferentes. El otro principio fundamental es que los oferentes que concurren a la licitación tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación del objeto del futuro contrato.

La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

(...)

c) Publicidad. La publicidad, como principio general del procedimiento administrativo, se manifiesta en un doble sentido en la licitación pública, procedimiento administrativo especial.

Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tomen conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia.

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general y a los licitadores en particular, v. gr. Apertura de las ofertas.

(...)

d) Transparencia. El procedimiento licitatorio permite ver con claridad el actuar de los órganos de la Administración en la disposición y uso que se da a los fondos públicos destinados a la contratación administrativa.

(...)

Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación pública abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

e) Equidad y Eficiencia. Los principio esenciales que hemos enunciado, *ratio iuris* de la licitación, que hacen a la efectiva colaboración de los particulares con la administración, son complementarios con los de *equidad y eficiencia*, que plantea expresamente la Convención Interamericana contra la Corrupción en los casos de contratación de funcionarios públicos y de adquisición de bienes y servicios por parte del

Estado, y que entendemos deben primar en toda contratación administrativa.²

Si resulta de interés del lector esta Convención a la que hace referencia Dromi es recogida y analizada por el autor Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo.³

Estos principios de una manera sencilla implican que básicamente durante la etapa precontractual se debe dar un trato igualitario a los oferentes; es decir, deben ser invitados con los mismas bases, documentos precontractuales o pliegos, deben contar con la misma información, deben tener el mismo tiempo para preparar y presentar sus propuestas, sus ofertas deben ser evaluadas bajo los mismos parámetros y en general este principio debe garantizar su participación en las mismas condiciones, partiendo del supuesto de que la selección va a realizarse entre iguales. “La idea de igualdad posee siempre un carácter relativo. La igualdad absoluta es contraria a la naturaleza de la cosas, el orden creado, y en suma, el desconocer la diferencias propias del orden social o de las cosas, deviene en injusticias.”⁴

Por otro lado, todo el procedimiento debe ser público lo que le otorga la transparencia necesaria; desde la apertura pública de las ofertas los ofertantes deben contar con la garantía de acceder a la información que se genera en las distintas fases y la comunidad en general tiene derecho a estar informada de la manera como el estado gasta sus ingresos.

² José Roberto, Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo,...* p 29 de 84.

³ Agustín, Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, Capítulo XVI.

⁴ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Séptima Edición actualizada, 2002, p 26.

La transparencia debe entenderse, en esta materia, en un doble sentido. Por una parte, los ciudadanos tienen el derecho a saber oportunamente qué se hace con los recursos públicos y cómo y quién determina que tal o cual proyecto se ejecuta y qué otros no se ejecutarán. Por otra parte, desde la perspectiva del sector privado y desde el funcionamiento del mercado, es altamente conveniente que se sepa con anticipación las características de los proyectos que se van a ejecutar (licitar); se abren oportunidades para una mayor competencia en el mercado de las empresas de ingeniería, de consultoría en general y de las empresas constructoras.⁵

Se ha visto que la organización de la publicidad del llamado a licitación está destinada a colocar a todos los concurrentes eventuales en un pie de igualdad. La forma de realizar esa publicidad trata de respetar tal igualdad. La actitud discriminatoria de la administración en ese sentido puede viciar la adjudicación.⁶

Sobre este mismo tema Marco Idrobo Arciniega citando a Escola señala: “La falta de este principio puede ocasionar nulidad absoluta o relativa, según sea la gravedad de la irregularidad cometida y la repercusión que ella pueda tener en el procedimiento licitatorio, y en la vigencia de los principios de concurrencia y de igualdad”⁷

Finalmente, debe buscarse y asegurarse la mayor participación posible a fin de contar con la mayor gama de posibilidades para la selección, lo que

⁵ Sesión II: Sistemas nacionales de inversión pública: notas sobre la experiencia en Chile. www.eclac.org/publicaciones/xm/9/12509/2, p 29

⁶ Manuel María, Diez, *Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, p 479.

⁷ Hector, Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1979, citado por Marco, Idrobo Arciniega, *La Contratación Pública*, Quito, Talleres Gráficos ABYA-YALA, 1992, p 210.

quiere decir que se deben evitar, hasta donde sea posible, la determinación de limitantes de participación de oferentes. Este principio no es absoluto pues deben determinarse ciertos requerimientos atinentes básicamente a la capacidad de los concursantes. “Cabe anotar no obstante que la libertad de concurrencia o competencia no es para todas las personas, sino que está limitada a aquellas que cumplan los requisitos de idoneidad establecidos por la ley, en relación a la obra, bienes o servicios requeridos por la entidad.”⁸

Otros autores hablan de otros principios como el de la eficacia que a mi criterio también es importante mencionar:

La afirmación del principio de eficacia y de sus complementos (celeridad, economía, sencillez) se traduce en el ordenamiento positivo nacional en una serie de facultades y deberes de los órganos superiores y, en general, de los demás órganos administrativos. Entre las facultades expresamente contempladas, a parte de las que fluyen normalmente de la jerarquía (avocación, emitir órdenes, circulares e instrucciones, etc.) se prevé la facultad genérica de delegar atribuciones y de intervenir los respectivos órganos por parte de los ministros, secretarios de la Presidencia de la Nación y órganos directivos de los entes descentralizados y de disponer en cualquier momento, la comparecencia de las partes interesadas, sus representantes legales o apoderados, para requerir las explicaciones que se estimen necesarias y aun para reducir las discrepancias que pudieran existir sobre cuestiones de hecho o derecho.⁹

⁸ Iván, Rengel, *Manual de Contratación Pública Municipal*, Tomo I, Quito, Edición TRAMA, 1995, p 33.

⁹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*,..., p 532.

Este principio en la práctica aparece muy interesante si por parte de quienes están llamados a tomar las decisiones se lo aplica de manera razonable.

Finalmente, en la fase de ejecución contractual autores como Dromi han señalado que rigen básicamente dos principios el de continuidad, es decir la posibilidad de exigir al contratista la no interrupción del la ejecución contractual pues la finalidad del contrato es satisfacer el interés público y el de mutabilidad entendido como la facultad que tiene el ente público de modificar el contrato dentro de lo razonable.

Estos principios, que son los que deben orientar las decisiones que deban adoptar los órganos competentes en las diferentes contrataciones, sobre todo los primeros, no se encontraban recogidos en nuestro derecho positivo y en algunas ocasiones se mencionó la necesidad de que se recojan inclusive a nivel de rango Constitucional.

1.2.2. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO VIGENTE.

Actualmente, al parecer sentida la necesidad de recoger los señalados principios en nuestro derecho positivo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 en su artículo 4 dispone: “**Artículo 4.- Principios.-** Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”

Por otro lado la Constitución de la República del Ecuador vigente, publicada en Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008, dentro del Título VI Régimen de Desarrollo, Capítulo IV Soberanía Económica, Sección Segunda Política Fiscal, en su artículo 288 dispone: “**Art. 288.-** Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”

Como podemos observar los principios básicos recogidos por nuestra legislación son los mencionados de manera general por la doctrina; es decir, igualdad, concurrencia, transparencia y legalidad y a los mismos se les ha otorgado un rango constitucional.

Por otro lado, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se recoge el principio de legalidad que a mi criterio resultaba innecesario mencionarlo pues es un principio general sobre todo en el ámbito del derecho Público. “Tal principio –denominado de legalidad- se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico.”¹⁰

Es importante resaltar que este principio no se refiere exclusivamente a una sujeción a la ley sino también a las normas de menor jerarquía y obviamente a la norma constitucional.

Circunscripto en sus comienzos el principio legalista a la ley formal (emanada del Parlamento) hoy en día se opera su extensión a todo el ordenamiento jurídico formal, es decir, a todo

¹⁰ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo,...*, p 26.

lo que Hauriou denominaba 'bloque de legalidad' (leyes, reglamentos, principios generales, precedentes). Esto obedece, como bien lo ha puesto de manifiesto García de Enterría, a que la Administración ya no se presenta como mera ejecutora de normas que le son impuestas sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas, lo cual no implica desconocer desde luego, que la ley formal siga enmarcando la generalidad de la actuación administrativa, operando sobre la administración en forma directa, o bien, limitando, determinando o excluyendo la potestad reglamentaria de la Administración.¹¹

Nuestra Constitución recoge este principio al señalar en su artículo 226 que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."

Sobre este tema el tratadista Jorge Zabala Egas señala:

Es el principio que fundamenta el estado de Derecho y es de mayúscula importancia para el Derecho Público, en especial para el derecho Administrativo, pues, se traduce en el sometimiento de los poderes públicos al Ordenamiento jurídico. Esto es. Toda actuación de la administración Pública debe estar justificada por norma jurídica previa.¹²

¹¹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo,...*, p 27.

¹² Jorge, Zabala Egas, *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003, p 271.

Se menciona también como principio el trato justo, sin determinar a qué se refiere específicamente este principio, lo cual puede generar inconvenientes en su aplicación por lo subjetiva que puede resultar su apreciación.

Finalmente, se menciona el trato preferente a la producción nacional situación que siempre se ha tratado de proteger; sin embargo, en la actual normativa tenemos normas más específicas que en la práctica, buscan que dicho trato se concrete de una mejor manera en la práctica, buscando favorecer a la industria nacional.

Resulta positivo el que se hayan recogido estos principios en nuestro derecho positivo pues de esta forma ya no queda la menor duda de su aplicación por parte de los operadores jurídicos; sin embargo, su valor en la práctica dependerá en mucho de su aplicación por parte de los funcionarios públicos llamados a aplicar la contratación pública y por ello insisto en la importancia que reviste la formación y capacitación permanente de los mismos.

El autor Ramón Parada citando al tratadista BENIOT expresa:

Todos estos mecanismos se fundan en la idea de situar en competencia a los candidatos a contratistas, pero, para que los resultados sean buenos, es necesario que las condiciones de una concurrencia real se cumplan. No es suficiente, en efecto, organizar una competición, es necesario que los candidatos quieran batirse a competir (...) se puede pensar, por ello, que un sistema que deja aparecer netamente las responsabilidades personales de las autoridades administrativas sería preferible a estos camuflajes procedimentales: un buen jefe de servicio, oficialmente libre –pero también moralmente responsable- de su elección, economizaría más dinero a la colectividad que el más perfecto de los procedimientos, pues estos últimos no son a

menudo otra cosa que confortables, pero dispendiosas, soluciones a la facilidad.¹³

Lo dicho a mi criterio resulta muy cierto e importante pues de que vale tener un procedimiento bastante bueno, con principios definidos y claros, si las personas llamadas a aplicarlos los manejan a su antojo, muchas veces con un grado de desconocimiento preocupante y en otras con falta de ética. Por ello la necesidad imperiosa de contar con funcionarios capacitados y de honradez comprobada para el manejo de las contrataciones públicas.

1.3 ROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DEL ESTADO, EFICIENCIA Y EFICACIA

La Real Academia de la lengua define a la eficiencia y eficacia de la siguiente manera:

Eficiencia: Virtud y facultad para lograr un efecto de terminado.

Eficacia: Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar.

Eficaz: Activo, fervoroso, poderoso para obrar. // 2. Que logra hacer efectivo un intento o propósito.

Se ha señalado que eficacia tiene que ver con la obtención de resultados u objetivos en cambio la eficiencia se relaciona con la mejor manera de utilizar los recursos con que se cuenta para el cumplimiento de una meta.

En la materia que nos ocupa el lograr la eficiencia y la eficacia en los procedimientos de contratación pública va más allá de obtener agilidad y celeridad en los mismos, como al parecer se intentó con las reformas parches

¹³ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I*, Madrid, Marcial Pons, Duodécima Edición, 2000, pp 314,315.

que se efectuaron en el año 2000 como quedó señalado, implica planificación, coordinación, priorización y contratación idónea y evaluación; esta última, reflejada en una ejecución contractual que permita el cumplimiento del objeto del contrato sin mayores novedades, más allá de las dificultades que normalmente se presentan en estos casos, todo ello tendiente a concretar un *gasto eficiente*. Dicho de un modo un poco más simple, eficiencia y eficacia en la contratación significa concretar contrataciones ágiles y transparentes de proyectos planificados y coordinados oportunamente con responsabilidad, como parte del cumplimiento de objetivos institucionales y nacionales

En este contexto obviamente la transparencia, que se consigue con la publicidad en los procedimientos, también forma parte de este concepto de eficacia pues permite un seguimiento de la comunidad del destino de los recursos que maneja el Estado, a través por ejemplo de las tan de moda veedurías ciudadanas,.

El efectuar las contrataciones de la forma señalada reviste gran importancia en la gestión pública en razón de que la contratación de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría, es la otra cara de la gestión pública basada en los ingresos y egresos, pues el éxito de dicha gestión dependerá en gran medida de la forma eficiente en que dichos recursos se inviertan.

En esa línea nuestra actual constitución refleja este criterio de importancia de las compras públicas, pues como quedó indicado existe una disposición que se refiere expresamente a las mismas, mencionando que cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, acotando el trato preferente a la producción nacional.

Para imprimirle más eficiencia, los gobiernos deben reducir la tendencia del gasto a dispararse durante las épocas de prosperidad y desmoronarse durante las desaceleraciones, quizás a través de reglas fiscales eficaces que ayuden a frenarlo cuando la economía se expande. Asimismo, deberían plantearse la posibilidad de incrementar el gasto asignado a la inversión pública y perfeccionar la capacidad de evaluación y administración de los proyectos de inversión. También sería útil establecer un sistema de contratación y remuneración por mérito.¹⁴

1.4 PROCEDIMIENTOS

Es importante empezar definiendo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que puede verse desde dos aspectos: por el tipo de instituciones obligadas a aplicarla y por la naturaleza de las contrataciones, lo cual queda claro con el texto de la disposición del citado cuerpo normativo que a continuación transcribo.

“Artículo 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el

¹⁴ **En pos de un gasto eficiente,** www.inf.org/esternaepubs/ft/tandd/spa/2007/06/pdf/clements-pdf, p 52.

ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice. en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el

cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”

En virtud de esta disposición, hemos pasado del anterior esquema de que estaban sometidas a la Ley de Contratación Pública todas las instituciones públicas que contraten obras, bienes y servicios, a la de que todas las contrataciones que cuente con financiamiento de fondos públicos deben observar los procedimientos previstos en este cuerpo normativo.

Bajo esa premisa, obviamente en las contrataciones que efectúa PETROECUADOR y sus empresas Filiales, deben observarse los procedimientos contemplados en la referida Ley.

En el caso de PETROPRODUCCIÓN existe alguna discusión en razón del contenido del numeral 9 de las derogatorias de dicha Ley que expresa:

“DEROGATORIAS

Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular las siguientes:

(...)

9. Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley.

(...)”

En atención a esta disposición se manifiesta que al ser la actividad básica de PETROPRODUCCIÓN la exploración y explotación de hidrocarburos sus contrataciones no se someten a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, situación que no la compartimos por las razones que se expondrán más adelante. Algo parecido sucede con la empresa PETROAMAZONAS S.A., que se hizo cargo del Bloque 15 luego de haberse declarado la caducidad del contrato con la compañía OXXI, cuyo paquete accionario pertenece a PETROECUADOR y PETROPRODUCCIÓN, que aplica en sus contrataciones el Reglamento específico expedido por el Presidente de la República.

Efectuadas estas cortas aclaraciones y antes de entrar de lleno a los procedimientos contemplados en esta nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, me parece importante rescatar, entre otros temas y de manera general, que se trata de un cuerpo normativo que a diferencia de la derogada Ley de Contratación Pública que era meramente procedimental, determina, tal como lo señala su artículo 7 un Sistema Nacional de Contratación Pública entendido este como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Por otro lado, se utilizan ya herramientas informáticas que permiten mayor agilidad, publicidad y transparencia en los procedimientos facilitando un mayor control ciudadano de los diferentes procedimientos y un mayor impulso a la economía del país.

De este modo, como quedó señalado, se le da a la contratación pública su real magnitud como parte muy importante de la gestión pública, reflejada, como quedó indicado, en un gasto eficiente de los recursos públicos.

Otro aspecto positivo de la ley es la mención que se realiza en su artículo 60, en el cual se manifiesta que los contratos regulados en dicho cuerpo normativo son administrativos lo cual resulta importante pues existía la discusión de si por ejemplo un contrato de provisión de bienes era de naturaleza mercantil con lo que ello implicaba al momento de verificarse controversias por ejemplo.

Dromi señala que tres son las características básicas del contrato administrativo: a) tener como objeto obras y servicios públicos; b) la participación de un ente público en ejercicio de la función administrativa; y, c) contener cláusulas exorbitantes del derecho privado, entendidas éstas como quebrantadoras de la igualdad entre las partes y libertad contractual, condiciones que prevalecen en la contratación civil.

Sin embargo, de estos temas positivos, considero que entre los aspectos negativos de esta ley se encuentra el hecho de la eliminación de los informes previos a la contratación de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General, bajo el supuesto equivocado de que constituían una traba que demoraba las contrataciones; pues, a mi criterio eran un tamiz necesario que, por un lado, permitía un control real de la aplicación normativa por parte de los operadores jurídicos y por otra, contar con criterios unívocos sobre los diferentes temas, que podían orientar la toma de decisiones acertadas en base a la experiencia.

Esta eliminación compromete más aún a los funcionarios públicos operadores de la contratación pública a contar con un conocimiento profundo de la misma, pues serán quienes den la última palabra y orienten la toma de decisiones en el marco de la normativa vigente.

Otro aspecto negativo en este nuevo esquema de contrataciones y que a mi criterio deviene de una errónea decisión, es la reforma al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que permite a las entidades que no se regían por la ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría seguir aplicando los procedimientos que utilizaban en aplicación de sus leyes y normas particulares, exclusivamente para las contrataciones de obras, bienes y servicios no normalizados hasta el 28 de febrero de 2009, pues esta situación va a generar más inconvenientes que soluciones a futuro. En este caos se encuentra PETROECUADOR y sus Empresas Filiales.

A nuestro gusto se debió aplicar integralmente, sin más postergaciones, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a partir del 1 de enero de 2009, fecha en la cual inicia un nuevo ejercicio fiscal.

Dicho esto se debe empezar señalando que la ley, para definir los procedimientos que deben aplicarse, hace una distinción entre bienes y servicios normalizados y catalogados; bienes y servicios no normalizados; y, obras y servicios de consultoría.

En función de esta distinción se identifican los siguientes procedimientos:

1.4.1. BIENES, OBRAS Y SERVICIOS QUE NO SON DE CONSULTORÍA

1.4.1.1 RÉGIMEN GENERAL

- PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS (bienes y servicios normalizados)
 - COMPRA POR CATÁLOGO (bienes y servicios normalizados y catalogados. Convenios Marco)
 - SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA
 - SUBASTA INVERSA PRESENCIAL
- PROCEDIMIENTOS COMUNES (Obras, bienes y servicios no normalizados y obras)
 - LICITACIÓN
 - COTIZACIÓN
 - CUANTÍA MENOR
 - ÍNFIMA CUANTÍA
 - FERIAS INCLUSIVAS
- PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
 - CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO
 - CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA
 - ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES
 - ARRENDAMIENTO DE DE BIENES INMUEBLES

1.4.1.2 RÉGIMEN ESPECIAL

Las contrataciones que deben efectuarse mediante este Régimen especial están determinadas en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual se transcribe a continuación.

“Artículo 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento

General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;
4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes;
5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;
6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPÚBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;
8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias;

así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional; y,

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios: y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.”

1.4.2. SERVICIOS DE CONSULTORÍA

CONTRATACIÓN DIRECTA

CONTRATACIÓN MEDIANTE LISTA CORTA

CONTRATACIÓN MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO

Finalmente, de conformidad al contenido del Art. 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se someten a esta Ley las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero o servicios que se provean en otros países.

1.4.3. ETAPA DE TRANSICIÓN.

Publicada la Ley en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, el 8 de agosto de 2008 se publica en el Registro Oficial No. 399 el Reglamento

General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el cual entre las disposiciones transitorias se determinó:

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Hasta tanto el INCP publique los modelos de documentos precontractuales, contractuales y demás documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, las entidades contratantes elaborarán y determinarán, bajo su responsabilidad, sus propios modelos.

Por efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, no serán necesarios los estudios de desagregación tecnológica, de compras de inclusión, porcentajes de participación nacional, entre otros, previstos en la Ley, hasta tanto el INCP no elabore y publique los modelos y metodologías requerida para el efecto.

SEGUNDA.- Hasta tanto el INCP celebre los convenios marco requeridos para la contratación por catálogo de bienes y servicios normalizados, las entidades contratantes podrán, dependiendo del monto de la contratación, realizar contrataciones directas, cotizaciones o licitaciones, sin contar con ellos y en un plazo de seis meses.

TERCERA.- Para efectos de la aplicación de la disposición primera transitoria de la Ley se entiende por inicio del proceso la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes.

CUARTA.- Para los procesos de contratación que deban realizarse en el año 2008 no requerirán el cumplimiento del Plan Anual de Contrataciones (PAC) previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación.

QUINTA.- Los procesos de contratación iniciados antes de la vigencia de la ley por entidades que no estaban sujetas a la anterior ley de contratación pública, observarán la normativa que le era aplicable a la época de inicio del proceso, bajo la responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad.

SEXTA.- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley, el Instituto Nacional de Contratación Pública exceptuará, hasta el 31 de diciembre de 2008, de los procedimientos de cotización y menor cuantía establecidos en la Ley, los cuales se realizarán de conformidad con las disposiciones que emita la máxima autoridad de la entidad contratante.

SÉPTIMA.- El requisito de inscripción en el RUP y el uso del portal www.compraspublicas.gov.ec será obligatorio para todos los proveedores del Estado a partir del 1 de enero de 2009.”

En Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto de 2008, se publica la Resolución No. 001-08 del Instituto Nacional de Contratación Pública en la que en varias disposiciones se faculta la no aplicación de varias disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hasta el 31 de diciembre de 2008, fecha en la cual, en principio, el Instituto Nacional de Contratación Pública debía tener elaborado los modelos de pliegos, instructivos y metodologías para la aplicación total de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sin embargo, con sorpresa hemos observado que el 31 de diciembre de 2008 en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498, se publica una nueva reforma al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que se amplía este período de transición, hasta el

28 de febrero de 2008 en varios aspectos, situación que a nuestro criterio complica el tema de las contrataciones en instituciones como PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, por la falta de una definición clara, en razón de que, como se expresó anteriormente, no se encontraban sometidas a la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública ni a la Ley de Consultoría derogadas por la referida Ley Orgánica, siendo potestativo de cada una de ellas el seguir aplicando sus propios procedimientos o los determinados en la nueva Ley, en el caso de obras, bienes y servicios no normalizados.

Por lo expuesto, esta etapa de transición concluiría el 28 de febrero de 2009, a partir del 1 de marzo de 2009 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, deberán aplicarse sin excepciones, el caso que nos ocupa por parte de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales.

Finalmente, mediante Decreto Ejecutivo 1596 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009, se reformó la Disposición Transitoria Sexta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ampliando hasta el 30 de abril de 2009, la posibilidad de que los procedimientos de cotización y menor cuantía se realicen de conformidad con las disposiciones que dicte la máxima autoridad de cada Institución.

Luego de elaborada esta tesis se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009, un nuevo Reglamento general a la Ley.

CAPÍTULO II

CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN EL SISTEMA PETROECUADOR

Desde la creación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, mediante Ley Especial No. 45, publicada en el Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989, tanto PETROECUADOR como sus empresas filiales han tenido su propio régimen de contratación de obras, bienes y servicios incluida la consultoría, al amparo básicamente de dos disposiciones:

Por un lado el artículo 10 de su Ley Especial que textualmente señala:

“Art. 10.- Contratación.- Los sistemas de contratación de PETROECUADOR **no estarán sujetos a las normas legales de la contratación pública vigentes**, sino exclusivamente a la Ley de Hidrocarburos y a los Reglamentos que para el efecto expedirá el Presidente de la República. En los sistemas de contratación se tomarán en cuenta las posibilidades de participación nacional, determinadas en los correspondientes estudios de desagregación tecnológica, con el objeto de lograr independencia tecnológica, crear nuevas fuentes generadoras de empleo e ingreso y evitar una innecesaria salida de divisas.”

(Lo resaltado en negrillas me pertenece.)

Y, por otro, el artículo 2 de la anterior Ley de Contratación Pública recogido con similar texto en la Codificación de la Ley de Contratación

Pública, publicada en Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001, que señalaba:

“Art. 2.- REGIMEN ESPECIAL.- No se someterán a esta ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto.

(...)” (Lo resaltado en negrillas me pertenece)

En virtud de las citadas disposiciones el Presidente de la República normaba, a través de un cuerpo reglamentario, los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría.

Por considerarlo importante a continuación se enuncian las disposiciones básicas que regulaban y regulan la actividad de PETROECUADOR:

- LEY ESPECIAL DE PETROECUADOR Y SUS EMPRESAS FILIALES RO. 283 de 26 de septiembre de 1989.
- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ESPECIAL Y REGLAMENTOS DE FUNCIONAMIENTO DE PETROPRODUCCIÓN, PETROCOMERCIAL Y PETROINDUSTRIAL; DECRETOS EJECUTIVOS Nros. 935,1142,1143 , y, 1144, publicados en RO. 283(s) y 342 de 26 de septiembre y 26 de diciembre de 1989, respectivamente.
- REGLAMENTO SUSTITUTIVO AL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ESPECIAL DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES. RO. 309 de 19 de abril de 2001.

Para no ir muy atrás en el tiempo en lo que tiene que ver con contrataciones, la secuencia cronológica reciente es:

- REGLAMENTO SUSTITUTIVO AL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES. Decreto Ejecutivo No. 2598. RO. 570 de 7 de mayo de 2002. Con Decreto Ejecutivo 2457. RO. 507 de 19 de enero de 2005, se introduce el capítulo V al referido Reglamento, relativo a la contratación con financiamiento.
- REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN PARA OBRAS, BIENES Y SERVICIOS ESPECÍFICOS DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR, PETROECUADOR Y SUS EMPRESAS FILIALES. DECRETO EJECUTIVO 652 publicado en RO. 194 de 19 de octubre de 2007.

Estos dos últimos cuerpos normativos, establecían que el Consejo de Administración de PETROECUADOR dictará las normas (instructivo), que permitan la aplicación de las disposiciones contenidas en los mismos.

En el caso del Reglamento expedido en el 2002 mediante Decreto Ejecutivo No. 2598, en lugar de expedirse un nuevo instructivo, que a nuestro modesto entender hubiese sido lo recomendable, se realizaron simplemente varias reformas que en muchos casos terminaron generando dificultades, más que soluciones.

Adicionalmente a esto, en cada una de las Filiales se dictaron los llamados Manuales de Aprobaciones y otros Manuales Internos que incrementaron las dificultades de aplicación normativa, situación que en ciertos temas se complicaba aún más por las normas de aplicación obligatoria que el Consejo de Administración de PETROECUADOR dictaba frente a casos

concretos que llegaban a su conocimiento, resoluciones que en muchas ocasiones no se difundían oportunamente entre los funcionarios del sistema y peor aún entre los contratistas de PETROECUADOR.

En el caso del último Reglamento, vigente antes de la Codificación del Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya innovación fundamental fue la inclusión, entre los tipos de procedimientos, de la subasta en línea, que a pesar de no contar con una definición detallada, permitió efectuar la primera compra en PETROECUADOR a través de una subasta inversa electrónica, el Consejo de Administración de PETROECUADOR dictó el Instructivo de aplicación del Reglamento el cual luego de algunas reformas fue codificado, publicado y difundido en la “Reforma y Codificación del Instructivo de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales,” de 15 de enero de 2008.

Este Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, guardando las distancias, normaba lo que la Ley de Contratación Pública para gran parte de las instituciones públicas y el instructivo dictado por el Consejo de Administración de PETROECUADOR, era similar al reglamento que para la aplicación de la Ley dictaba el Presidente de la República.

2.1 NATURALEZA DE LA GESTIÓN EN PETROECUADOR

A fin de definir la naturaleza de la gestión que realiza PETROECUADOR dentro del ámbito del sector público considero debemos remitirnos a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que la definen:

LEY ESPECIAL DE PETROECUADOR.

“**Art. 1.-** Naturaleza.- Créase la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, con domicilio principal en la ciudad de Quito.

En su gestión empresarial estará sujeta a esta Ley Especial, a los reglamentos que expedirá el Presidente de la República, a la Ley de Hidrocarburos y a las demás normas emitidas por los órganos de la Empresa.

Créase una empresa estatal filial permanente para cada una de las siguientes actividades operativas:

- a) Exploración y producción;
- b) Industrialización; y,
- c) Comercialización y transporte.

Estas empresas filiales tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa operativa.

PETROECUADOR, por si o por medio de sus empresas filiales y dentro del ámbito de su gestión, podrá desarrollar actividades en el exterior.

Art. 2.- Objetivo.- PETROECUADOR, tiene por objeto el desarrollo de las actividades que le asigna la Ley de Hidrocarburos, en todas las fases de la industria petrolera, lo cual estará orientado a la óptima utilización de los hidrocarburos, que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del

Estado, para el desarrollo económico y social del país, de acuerdo con la política nacional de hidrocarburos establecida por el Presidente de la República, incluyendo la investigación científica y la generación y transferencia de tecnología.

PETROECUADOR se encargará de planificar, coordinar y supervisar las actividades de las empresas filiales y controlar que las mismas sean ejecutadas de manera regular y eficiente.

(...)"

"DISPOSICIONES TRANSITORIAS

(...)

NOVENA-A.- Transfórmense las empresas estatales filiales permanentes de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador, descritas en el artículo 1 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus empresas filiales, en sociedades anónimas que se regirán por la Ley de Compañías. Asimismo, constitúyase una sociedad anónima con los activos e instalaciones de almacenamiento, despacho y transporte de propiedad de Petroecuador y sus empresas filiales, que determinare el directorio de Petroecuador, incluyendo el Sistema del Oleoducto Transecuatoriano SOTE.

(...)

El proceso de transformación y constitución se realizará dentro del plazo de 180 días a partir de la vigencia de la presente ley, plazo que podrá ser prorrogado por el Presidente de la República, quien, además, regulará la liquidación y cierre de estas empresas.

Petroecuador, en coordinación con el CONAM, podrá llevar adelante los mecanismos establecidos en el artículo 4B agregado después del artículo 4 de la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad.”

Estas atribuciones son dadas en función de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 de la Ley de Hidrocarburos.

REGLAMENTO A LA LEY ESPECIAL DE PETROECUADOR Y SUS

FILIALES

TITULO SEGUNDO

DE LAS EMPRESAS FILIALES

CAPITULO I

NATURALEZA Y ACTIVIDADES

Art. 12.- De la Empresa Estatal de Exploración y Producción de Petróleos del Ecuador.- PETROPRODUCCION, es una empresa filial de PETROECUADOR con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y operativa.

(...)

PETROPRODUCCION tiene por objeto la exploración de las cuencas sedimentarias y la operación de los campos hidrocarburíferos en el territorio ecuatoriano que incluye la explotación y el transporte de petróleo crudo y gas hasta los tanques principales de almacenamiento, con excepción de las áreas y los campos que se encuentran bajo contratos de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o que en el futuro fueren designados para ese efecto.

(...)

Art. 13.- De la Empresa Estatal de Comercialización y Transporte de Petr6leos del Ecuador.- PETROCOMERCIAL, es una empresa filial de PETROECUADOR, con personalidad jur6dica, patrimonio propio, autonom3a administrativa y operativa.

(...)

El objeto de PETROCOMERCIAL es la comercializaci3n y el transporte de hidrocarburos en el territorio nacional.

(...)

Art. 14.- De la Empresa Estatal de Industrializaci3n de Petr6leos del Ecuador.- PETROINDUSTRIAL, es una empresa filial de PETROECUADOR con personalidad jur6dica, patrimonio propio, autonom3a administrativa y operativa.

(...)

El objeto de PETROINDUSTRIAL es la industrializaci3n, incluida la refinaci3n de hidrocarburos en el territorio ecuatoriano.

(...)”

Como podemos observar la naturaleza de PETROECUADOR y sus empresas filiales, de forma general al amparo de las citadas disposiciones y conforme lo se3ala la Constituci3n de la Rep6blica en el numeral 3 del art6culo 225 es la de ser organismos creados por la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestaci3n de servicios p6blicos o para desarrollar actividades econ3micas asumidas por el Estado. Cada una dotada de personalidad jur6dica propia.

Finalmente, es importante mencionar que al amparo del Proyecto de Ley de Empresas P6blicas que deroga entre otras la Ley Especial de

PETROECUADOR, ésta se transformaría en una empresa pública, en virtud de la disposición constitucional contenida en el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el tema específico que nos ocupa, PETROECUADOR y cada una de sus fiales tiene autonomía para realizar sus contrataciones; sin embargo, el Consejo de Administración de PETROECUADOR era el que dictaba las normas complementarias al reglamento emitido por el Presidente de la Republica.

En el último Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales en función de lo que señala la Ley con respecto al Consejo de Administración de Petroecuador en el sentido de que es el órgano de planificación y control de PETROECUADOR, se eliminó a dicho organismo como órgano adjudicador lo cual a nuestro criterio fue positivo pues lamentablemente se trataba de un organismo político en el cual en no pocas oportunidades se complicaron las contrataciones.

El tema financiero si es corporativo.

2.2 CONTRATOS REGULADOS POR LA LEY DE HIDROCARBUROS Y LOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS QUE CONTRATA PETROECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS ACTIVIDADES.

2.2.1 ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

Estos contratos tienen su fundamento jurídico en el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos que señala que el Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo 1 de dicha Ley en forma directa a través de PETROECUADOR la que podrá hacerlo por sí misma o celebrando *contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta* con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecida en el país.

Adicionalmente a estas formas contractuales, en el mismo artículo 2 se señalan los *contratos de exploración y explotación de campos marginales*.

Por no constituir el objeto central del presente análisis simplemente señalaremos una breve definición de cada una de estas formas contractuales, en función de las normas contenidas en la Ley de Hidrocarburos.

a) CONTRATO DE PARTICIPACIÓN

Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquéllos celebrados por el Estado por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales delega a la contratista, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.

La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato. (Art. 12 A Ley de Hidrocarburos.

b) CONTRATO DE ASOCIACIÓN

Son contratos de asociación, aquéllos en que PETROECUADOR contribuye con derechos sobre áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos de su patrimonio, y en que la empresa asociada contrae el compromiso de efectuar las inversiones que se acordaren por las partes contratantes. (Art. 13 Ley de Hidrocarburos)

c) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN

Son contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquéllos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan para con PETROECUADOR a realizar, con su propios recursos económicos, servicios de exploración y explotación hidrocarburífera en las áreas señaladas para el efecto invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

Solo cuando el prestador de servicios para exploración y explotación hubiere encontrado, en el área señalada, hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al reembolso de sus inversiones, costos y gastos y al pago por sus servicios. (Art. 16 Ley de Hidrocarburos)

d) COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA

Las compañías de economía mixta que formare PETROECUADOR con los objetos señalados en los artículos 2 y 3, se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Compañías y demás leyes pertinentes, en cuanto a su constitución y funcionamiento. El contrato social contemplará las estipulaciones sobre los puntos o materias enunciados en el artículo 15 de la Ley de Hidrocarburos.

Sobre este tema de las compañías de economía mixta tenemos el pronunciamiento del Procurador General del Estado contenido en Oficio No. 08413, de 12 de febrero de 2008, respecto de la refinería del Pacífico con PDVSA.

Como se puede observar la naturaleza básica de estos contratos es el riesgo que asume el contratista al firmarlos pues, las inversiones corren por su cuenta y el Estado, en caso de que no se lleguen a explotar los hidrocarburos, no paga valor alguno.

2.2.1.1. ACTIVIDADES DE TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS POR OLEODUCTOS, POLIDUCTOS Y GOSEODUCTOS, SU REFINACIÓN, INDUSTRIALIZACIÓN, ALMACENAMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN.

Estas actividades serán realizadas por PETROECUADOR o por empresas nacionales o extranjeras de reconocida competencia en esas actividades, legalmente establecidas en el país, asumiendo la responsabilidad y riesgos exclusivos de su inversión y sin comprometer recursos públicos.

Las formas contractuales pueden ser contratos de asociación, consorcios de operación o mediante otras formas contractuales vigentes en la legislación ecuatoriana, también podrá constituir compañías de economía mixta.

2.2.1.2. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE ESTOS CONTRATOS

La adjudicación de los contratos referidos, se realizará mediante un sistema especial de licitación cuya forma, requisitos y procedimientos son determinados exclusivamente en el Reglamento expedido por el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 873 de 1 de octubre de 2003, con sus posteriores reformas, que determina las condiciones generales para lograr diversificar la adjudicación entre empresas estatales y privadas.

El órgano competente para este efecto es el Comité de Licitación conformado de la siguiente manera:

- a) El Ministro de Minas y Petróleos quien lo presidirá;
- b) El Ministro de Defensa Nacional;
- c) El Ministro de Finanzas y Crédito Público;

El Gerente General de PETROECUADOR, actuará como Secretario de este Comité.

El Procurador General del Estado, emitirá un Informe Jurídico detallado de cada contratación, en el plazo que se fije en el Reglamento al que se refiere el inciso segundo de este artículo.

Las resoluciones de este Comité causan ejecutoria.

Los miembros titulares podrán delegar su representación únicamente al funcionario de inmediata jerarquía inferior.

2.2.2. CONTRATOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS QUE CONTRATA PETROECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS ACTIVIDADES

Excluida la actividad de exploración y explotación que se maneja a través de las formas contractuales y procedimientos de contratación

anteriormente descritos, los contratos y procedimientos que debe observar PETROECUADOR y sus Empresas Filiales para cumplir con las competencias asignadas por la Ley, se relacionan básicamente con compra venta internacional de hidrocarburos, venta local de hidrocarburos y adquisición de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría.

2.2.2.1 CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS, COMPRA Y VENTA.

Sobre este tema el Reglamento a la Ley Especial de PETROECUADOR en su artículo 8 de las atribuciones del Consejo de Administración de PETROECUADOR literal f), contempla la de supervisar el procedimiento de comercialización de hidrocarburos, participar en el proceso precontractual desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación; y autorizar la suscripción de los respectivos contratos.

En función de este artículo dicho órgano de administración dictó mediante Resolución No. 344-CAD-99 de 11 de octubre de 1999, el “Instructivo de Comercialización Externa de Hidrocarburos Transporte Marítimo e Inspección Independiente”, a pesar de que la Contraloría General del Estado en su momento señaló que dichas contrataciones deberían igualmente ser normadas a través de un reglamento dictado por el Presidente de la República, criterio que lo compartimos.

En este reglamento, en lo que tiene que ver con la comercialización externa de hidrocarburos se definen básicamente los siguientes procedimientos de contratación:

Para la compra-venta internacional de hidrocarburos invitación internacional a ofertar y contratación directa. Para el contrato de transporte marítimo dentro del país e inspecciones que no constan en los contratos de compra-venta de hidrocarburos son invitación a ofertar y contratación directa.

Finalmente, sobre este tema en dicho Reglamento se menciona que pueden considerarse como casos especiales la contratación de buques para almacenamiento flotante, trueque con crudo o productos derivados y demás sistemas de comercialización aplicables en la industria petrolera, arrendamiento de capacidad de refinación y distribución, almacenamiento de hidrocarburos.

2.2.2.1.1. INVITACIÓN INTERNACIONAL A OFERTAR

En este procedimiento pueden participar todas las empresas calificadas. El Organismo competente para adjudicar estos contratos continúa siendo el Consejo de Administración de PETROECUADOR tema que como quedó señalado no lo compartimos, pues la responsabilidad del procedimiento debería recaer en un organismo eminentemente técnico y altamente especializado como ya se lo propuso en alguna oportunidad.

2.2.2.1.2 CONTRATACIÓN DIRECTA

Se trata de una contratación con el proveedor preseleccionado y procede en situaciones puntuales.

2.2.2.2. CONTRATOS DE ABASTECIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE DERIVADOS DE HIDROCARBUROS A NIVEL INTERNO.

El fundamento para la celebración de estos contratos se encuentra en el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos que en lo pertinente expresa *“Cuando las actividades previstas en el primer inciso de este artículo sean realizadas en el futuro por empresas privadas que tengan o no contratos suscritos de exploración y explotación de hidrocarburos, éstas asumirán la responsabilidad y riesgo exclusivo de la inversión sin comprometer recursos públicos, y podrán hacerlo previa autorización directa expedida por el Presidente de la República.”*

Estos contratos son suscritos por PETROCOMERCIAL pues ésta actúa en una doble función en lo que tiene que ver con comercialización interna de hidrocarburos: por un lado, como abastecedora exclusiva de combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleos, a las comercializadoras autorizadas por el actual Ministro de Minas y Petróleos, por delegación del Presidente de la República; y, por otra, como una comercializadora más.

En función de estas dos actividades se celebran contratos de abastecimiento de combustibles entre PETROCOMERCIAL (Abastecedora) y las comercializadoras autorizadas por el Ministerio del Ramo; y, entre PETROCOMERCIAL (Comercializadora) y los distribuidores que deseen formar parte de su red; todo esto en virtud de las disposiciones contenidas en los Decretos Ejecutivos 2024 publicado en el RO. Suplemento 445 de 1 de noviembre de 2001, que contiene el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Combustibles Líquidos Derivados de los Hidrocarburos y 2282 publicado en RO. 508 de 4 de febrero de 2002, con el cual se expidió el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

En estos dos cuerpos reglamentarios se determina entre los requisitos para desarrollar actividades de comercialización la celebración de contratos de abastecimiento con PETROCOMERCIAL o de distribución con aquellos clientes que deseen integrarse a la red de una comercializadora y que cumplan con los requerimientos señalados en los citados Decretos.

2.2.2.3. CONTRATOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA.

Estos son los contratos propiamente objeto de nuestro análisis y como ya quedó mencionado hasta antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los mismos eran normados por el Presidente de la República vía Reglamento en función de las disposiciones contenidas en los artículos 2, 17 y 93 de la Ley de Hidrocarburos.

2.2.2.3.1 PROCEDIMIENTOS UTILIZADOS EN PETROECUADOR PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA.

Los procedimientos básicos que habitualmente se contenían en la normativa que regía los procedimientos de contratación en PETROECUADOR y sus empresas Filiales era: Invitación a ofertar y contratación directa y digo habitualmente, porque posteriormente se introdujeron, como quedó anotado contratación con financiamiento y subasta en línea, que de todas maneras por la etapa de transición autorizada por la normatividad correspondiente, como se lo manifestó anteriormente, PETROECUADOR y sus empresas Filiales los

podían seguir aplicando para: bienes y servicios no normalizados; obras y consultoría, hasta el 28 de febrero de 2009.

- **INVITACIÓN A OFERTAR**

Era el procedimiento más común por monto y se tramitaba a través de una comisión de compras, para adquisición de bienes, o de una comisión de contrataciones para servicios incluidos los de consultoría y obras, la misma que aprobaba los Términos de Referencia (Bases de la contratación) invitaba a los registrados en su sistema, receptaba propuestas, abría las mismas, las evaluaba y presentaba un informe con recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto al órgano adjudicador, definido vía Reglamento (desconcentración) en atención al monto del contrato. Este mismo esquema se utilizaba para contratación de consultoría y en los términos de Referencia se hacían constar las particularidades propias de la consultoría porque en el reglamento no había ninguna norma sobre esta materia.

En el último Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales vigente hasta la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ya se introdujeron algunas pautas básicas para la contratación de consultoría, complementadas en el instructivo dictado por el Consejo de Administración de PETROECUADOR.

- **CONTRATACIÓN DIRECTA**

Esta era una contratación cuya adjudicación era de competencia exclusiva del Comité de Contrataciones que nada tenía que ver con el comité de contrataciones contenido en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, del Presidente Ejecutivo en PETROECUADOR y de los

Vicepresidentes en las Empresas Filiales, en su calidad de órganos adjudicadores y en función de montos.

Este tipo de contratación podía tener como fundamento varios casos entre ellos los más usuales: emergencia, único proveedor y contratación con otras instituciones públicas.

De estos casos el más utilizado fue el de declaratoria de emergencia.

Este procedimiento no estuvo normado en detalle y lo que se hacía era básicamente un proceso de negociación con las invitadas y de llegarse a un consenso se adjudicaba el respectivo contrato.

2.2.2.3.2 SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS EN GENERAL Y LOS UTILIZADOS EN PETROECUADOR ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Un poco observando la secuencia del procedimiento de contratación podemos establecer las siguientes similitudes y diferencias entre los procedimientos de contratación en PETROECUADOR y en el resto de instituciones públicas regidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.2.3.2.1 SEMEJANZAS

- **Procedimientos Licitatorios**

En los dos casos el procedimiento básico ha sido el de licitación, entendido éste como el procedimiento administrativo utilizado para la selección

del cocontratista del Estado, en consideración a su idoneidad legal, técnica y financiera.

En ambos casos la evaluación de los oferentes se ha realizado en función de determinar el cumplimiento o incumplimiento de ciertos requisitos y al final del día, de entre los que cumplen los requerimientos definidos, se ha seleccionado a aquel proveedor que presentó la oferta más baja, económicamente hablando, para la ejecución del respectivo proyecto, esto en función inclusive de las observaciones efectuadas por la Contraloría General del Estado en varios exámenes especiales.

- **Tiempos**

Una contratación en PETROECUADOR y en sus empresas filiales en tiempos no marcaba mayor diferencia con el resto de instituciones públicas en lo que tiene que ver con los procedimientos más comunes invitación a ofertar y contratación directa, por diversas circunstancias.

En este tema es importante recordar que en el proyecto de Ley Orgánica de Empresas Públicas se deroga entre otras la Ley Especial de PETROECUADOR. En el tema que nos ocupa en dicho cuerpo normativo se mantiene la sujeción de sus contrataciones a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con un régimen de excepción sujeto a ciertos condicionantes.

2.2.2.3.2.2 DIFERENCIAS

- **Términos de Referencia**

No se tenían términos de referencia estándares como en el caso del resto de instituciones públicas que se manejaban con los documentos tipo de utilización obligatoria elaborados por la Contraloría General del Estado.

- **Registro de Proveedores**

PETROECUADOR y sus Empresas Filiales manejaban un registro corporativo propio al cual se accedía previa la presentación de un sinnúmero de documentación y el análisis correspondiente de la misma. Todo proveedor de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría debía estar registrado, con ciertas excepciones como por ejemplo para contratación directa y compras al exterior.

Las compras al exterior son abundantes por la naturaleza de la gestión que realizan PETROECUADOR y sus empresas filiales lo que determinó que existan normas definidas para este tema. Estas tipo de contrataciones están excluidas del ámbito de aplicación de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en función de la norma contenida en el artículo 4 de su Reglamento.

- **Órganos adjudicadores Comité de Contrataciones**

Otra característica de los procedimientos era el manejo de órganos adjudicadores bajo la figura de la desconcentración, mediante los cuales se designaba diferentes órganos, según la cuantía para adjudicar contratos, a fin de buscar agilidad frente al volumen de contrataciones.

Estos órganos adjudicadores no integraban las comisiones de contrataciones y de compras que eran las competentes para las contrataciones de obras y servicios las primeras y las segundas para

adquisición de bienes, las que concluían su trabajo con una recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto de un procedimiento.

- **Informes de Procurador y Contralor General del Estado.**

Esta era una diferencia hasta cierto momento pero luego se transformó en una semejanza, como paso a explicar.

Hasta antes del 3 de septiembre de 2003, fecha en la cual se reformó el literal f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales no tenían la obligación de requerir el informe previo a la celebración de estos contratos a dicho organismo de control, sin embargo, desde esa fecha ya lo hacen.

Tampoco se requería informe al Contralor General del Estado hasta que a partir del 2007 el Auditor Interno de PETROECUADOR, designado por el Contralor General del Estado, que antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado lo nombraba el Directorio de PETROECUADOR, dispuso que se cuente también con este informe.

Personalmente no he encontrado un argumento jurídico válido para no que no se haya requerido este informe con anterioridad.

- **Subasta en línea**

Como lo expresé anteriormente, el último Reglamento de Contratación de PETROECUADOR y sus empresas Filiales, publicado en Registro Oficial No. 194 de 19 de octubre de 2007, incluyó ya este tipo de procedimiento que es similar al procedimiento dinámico de subasta electrónica contenido en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se realizaron varias adjudicaciones utilizando el mismo.

Otro procedimiento propio era la Lista Pública de Precios que era la contratación en función de convenios marco previamente celebrados en los cuales se definían condiciones de contratación durante cierto lapso de tiempo y para ciertos bienes y servicios especializados. Estas condiciones generales de contratación las aprobaba exclusivamente el Consejo de Administración de PETROECUADOR y los utilizaban exclusivamente PETROPRODUCCION y la Gerencia de Oleoducto de PETROECUADOR.

- **Montos en relación al presupuesto consolidado de PETROECUADOR y no al Presupuesto Inicial del Estado**

Esta es una diferencia y a la vez una similitud pues los procedimientos se definían básicamente en función de montos, la diferencia era que en el resto de instituciones públicas, en función de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, los mismos se obtenían multiplicando el Presupuesto Inicial del Estado por determinados coeficientes, en cambio en PETROECUADOR se determinaban en función de porcentajes del presupuesto consolidado de PETROECUADOR.

2.2.2.3.3. PROS Y CONTRAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DESARROLLADOS POR PETROECUADOR

2.2.2.3.3.1. ASPECTOS POSITIVOS

Este tema debemos mirarlo desde una doble óptica, la primera en consideración al origen de las disposiciones y la segunda relativa a los procedimientos propiamente dichos.

- **Origen de las normas.**

Como lo señalamos anteriormente las normas básicas que se aplicaban en PETROECUADOR y sus empresas filiales para las diferentes contrataciones de Obras, Bienes y Servicios eran dictadas por el Presidente de la República (Reglamento de Contrataciones) y por el Consejo de Administración de PETROECUADOR, esta situación permitía reformas ágiles a las disposiciones pues los proyectos de reforma se generaban a nivel del Directorio de PETROECUADOR para posteriormente someterse a consideración del Presidente de la República, esto permitió por ejemplo que PETROECUADOR incluya, antes de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el procedimiento de Subasta en línea. Esto resultaba positivo pues en una economía globalizada, sobre todo el comercio de bienes cambia permanentemente lo que hace necesario un ajuste normativo ágil, situación que se complicaba en el caso de que las disposiciones aplicables tengan el rango de Ley y peor aún de Ley Orgánica.

- **Procedimientos propios**

En cuanto a procedimientos propiamente dichos y en consideración a que la desconcentración de funciones constituye a mi criterio una herramienta útil en la gestión pública y considerando el volumen de contrataciones que realiza PETROECUADOR y sus empresas Filiales, considero positivo el hecho de que en PETROECUADOR se manejaban los llamados ordenadores de gasto en el tema de contrataciones, permitiendo a varios órganos y funcionarios ser responsables de los diferentes procedimientos desde su inicio hasta la suscripción del contrato respectivo, lo cual descongestionaba la gestión permitiendo un mayor grado de eficiencia en las contrataciones.

En la actualidad en aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública igualmente se está recurriendo a una forma de desconcentración más limitada que es la delegación, pues, por el volumen de las contrataciones resulta bastante difícil que el Presidente Ejecutivo en PETROECUADOR y los Vicepresidentes en las empresas filiales, en su calidad de máximas autoridades de las mismas, cumplan las atribuciones asignadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.2.3.3.2. ASPECTOS NEGATIVOS

- **Normativa Excesiva.**

En PETROECUADOR, la primera dificultad a nuestro criterio es la excesiva normatividad, pues como quedó señalado se manejaba un Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, el instructivo para su aplicación, los Manuales de Aprobación en los cuales se contenían normas de contratación también, resoluciones del Consejo de Administración y manuales internos, en el caso de PETROCOMERCIAL por ejemplo Manual de Compras Locales, Manual de Importaciones entre otros. Esto generaba algunas contradicciones y dificultades al momento de efectuar interpretaciones que permitan dar solución a los inconvenientes presentados.

La emisión de los mismos venía de diferentes fuentes lo que en muchas ocasiones distorsionaba los conceptos básicos.

- **Desconocimiento de la normativa internamente y por parte de los proveedores.**

Por efecto en gran parte de esa excesiva normativa, otro de los problemas era el desconocimiento, con criterio jurídico, por parte de los funcionarios de la normativa existente y pero aún por parte de los proveedores.

Lo dicho en razón de que únicamente el Reglamento dictado por el Presidente de la República se publicaba en el Registro Oficial, pues el Instructivo y los Manuales no.

Para completar el esquema, en el caso de las resoluciones del Consejo de Administración de PETROECUADOR su publicidad era aún más limitada.

Considero que la ineficacia del sistema entre otros factores ha determinado la baja ejecución presupuestaria en proyectos de inversión que ha tenido PETROECUADOR y sus Empresas Filiales.

- **Registro de Proveedores.**

Finalmente, el manejo de un Registro de Proveedores propio, en un momento determinado se constituyó en un cuello de botella en los procedimientos de contratación, pues según se pudo observar el alcanzar por parte de los proveedores dicho registro era complicado, sobre todo por el tema de aplicación de índices financieros demasiado exigentes.

CAPÍTULO III

NORMAS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN OTRAS EMPRESAS PETROLERAS PÚBLICAS.

Se han tomado como referencia dos empresas petroleras de la región por considerar que son las que responden a una realidad similar a la de PETROECUADOR, la una ECOPETROL que desarrolla sus actividades, en el tema que nos ocupa, en el marco del derecho privado y PEMEX que lo hace en el campo del derecho público, con un régimen general al de las demás instituciones del sector público.

3.1. EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A.

Para el desarrollo de este punto se ha tomado la información que nos ofrece, a través de Internet (www.ccc.org.co/documents/2008/septiembre/exponegocios/ventasecopetrol.pdf)¹⁵, la Vicepresidencia Jurídica en este caso de ECOPETROL, la misma que se la transcribe casi textualmente; pues, a nuestro criterio, por un lado, aborda de forma precisa, clara y concisa los aspectos que nos interesa conocer, a efectos de efectuar una comparación con el sistema de contratación en PETROECUADOR y sus empresas filiales; y, por otro, dicha información se concreta a señalar específicamente el modelo de contratación de la referida empresa, sin efectuar juicios de valor o realizar acotaciones que no tengan que ver específicamente con el mismo.

¹⁵Régimen Jurídico Contractual de ECOPETROL S.A.
www.ccc.org.co/docuemnts/2008/septiembre/exponegocios/ventasecopetrol.pdf.

Por lo expuesto, no entraremos en un análisis a fondo de la legislación colombiana, pues eso nos llevaría un esfuerzo adicional y no es el objeto central de este trabajo.

Con estas necesarias aclaraciones, veamos que sucede con ECOPETROL en el tema que nos ocupa, partiendo de cómo ha ido cambiando su naturaleza jurídica y con ella su modelo de contrataciones:

3.1.1. NATURALEZA Y EVOLUCIÓN.

De manera resumida y cronológica la naturaleza y evolución de ECOPETROL ha ido cambiando de la siguiente forma:

- Empresa Industrial y Comercial del Estado: Hasta el 25 de junio de 2003.
- Sociedad Pública por Acciones: Desde el 26 de junio de 2003 y hasta el 12 de noviembre de 2007.
- Sociedad de Economía Mixta: Desde el 13 de noviembre de 2007.

Independientemente de su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, Sociedad Pública por Acciones o Sociedad de Economía Mixta, ECOPETROL es una Entidad Pública, integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público, perteneciente al sector descentralizado por servicios.

3.1.2. OBJETO DE ECOPETROL – EVOLUCIÓN.

- Empresa Industrial y Comercial del Estado. Explotación, administración y manejo de campos petroleros; exploración, explotación, transporte, refinación,

distribución y exportación de petróleos y derivados del petróleo (*Art. 2º, Decreto 030 de 1951*).

- Sociedad Pública por Acciones. Realización de las siguientes actividades, en Colombia o en el exterior y de manera directa o con el concurso de terceros: exploración y explotación, refinación y procesamiento, distribución, transporte y almacenamiento, comercialización, de hidrocarburos, derivados y productos (*Art. 34 decreto Ley 1760 de 2003*).

- Sociedad de Economía Mixta. Además de las actividades que le fueron asignadas en su condición de Sociedad Pública, le corresponde la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía; la producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles, la operación portuaria y la realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores (*Art. 4º Ley 1118 de 2006*).

Como podemos observar las actividades que cumple esta empresa son similares a las que cumplen en su conjunto PETROECUADOR y sus empresas Filiales.

3.1.3. RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL DE ECOPETROL – EVOLUCIÓN:

- Empresa Industrial y Comercial del Estado: Régimen Dual conforme al Art. 76 de la Ley 80 de 1993 (*por una parte el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y por la otra el Manual de Contratación*).

- Sociedad Pública por Acciones: Régimen Dual conforme al Art. 76 de la Ley 80 de 1993 (*por una parte el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y por la otra el Manual de Contratación*).
- Sociedad de Economía Mixta: Régimen único. Derecho Privado con aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, conforme a lo dispuesto en el Art. 6° de la Ley 1118 de 2006, en concordancia con los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007.

3.1.4. RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL.

Dado que la contratación de ECOPETROL S.A. se sujeta al Derecho Privado pero con la consideración de los principios de la Función Administrativa y de la Gestión Fiscal, y que la aplicación de estos postulados constitucionales supone un límite a la libertad de actuación de la Empresa en materia contractual, ECOPETROL dispone de un Manual de Contratación.

3.1.4.1 Particularidades del Derecho Privado

(ii) Tiene plena aplicación el principio de autonomía de la voluntad (*posibilidad de hacer todo aquello que no riña con el orden público y las buenas costumbres*).

(ii) El Código de Comercio establece dos formas especiales de contratación: 1. Mediante invitación (*para lo cual prevé el Concurso Público y el Concurso Privado, lo que no obsta para que en aplicación del principio de*

Autonomía de la Voluntad las personas contraten de manera directa); y 2.

Mediante la aceptación de una Oferta presentada por un tercero.

(iii) Los procesos de contratación no están reglados ni se sujetan a términos legales.

(iv) Los actos son revocables en tanto no se contravenga la buena fe.

(v) La regla general es que los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento de las Partes (*existen algunos contratos solemnes*).

(vi) Las Partes actúan en función del principio de igualdad (*ninguna tiene un poder de imperio sobre la otra*).

(vii) No se producen actuaciones administrativas sino actos contractuales.

3.1.4.2. MANUAL DE CONTRATACIÓN

Particularidades

(i) El Manual de Contratación facilita dos formas especiales de contratación: 1. Mediante invitación (para *lo cual prevé el Concurso Abierto, el Concurso Cerrado y la Selección Directa*); y 2. Mediante la aceptación de una Oferta presentada por un tercero.

(ii) Los procesos de contratación no están reglados (*aun cuando si se describe su secuencia lógica*), ni se sujetan a términos legales.

(iii) En desarrollo del principio de Autonomía de la Voluntad se permite realizar alianzas estratégicas, asociarse de manera directa, adherirse a procesos de contratación y/o a contratos tramitados o celebrados en nombre y por cuenta de otro, etc.

(iv) Los actos son revocables en tanto no se contravenga la buena fe y la decisión se justifique.

(v) La regla general es que los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento de las Partes (*existen algunos contratos solemnes*). El documento escrito opera solo por razones de orden, seguridad, y como medio de prueba.

(vi) Las Partes actúan en función del principio de igualdad (*ninguna tiene un poder de imperio sobre la otra*).

(vii) No se producen actuaciones administrativas sino actos contractuales.

(viii) Las solicitudes de oferta que realice ECOPETROL no constituyen oferta comercial y no la obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallido o desistir unilateralmente del proceso de contratación cuando se presenten causas justificadas las cuales deben ser motivadas.

3.1.4.2.1. Desarrollo de los Principios:

- Se establecen las causales para que proceda cada Proceso de Selección.

- Se propicia la participación plural (*excepto en la Selección Directa*).
- Se asegura la idoneidad de Proponentes mediante figuras como la Precalificación, RFI, trámites de Inteligencia de Mercado, Evaluación de Proveedores y Contratistas.
- Se fomenta el tratamiento igualitario de los Proponentes y la selección objetiva (*exigiendo prever, en los pliegos de condiciones, los factores que determinarán cuál será el ofrecimiento más favorable*).
- Se exige la publicación (*en el Diario Único de Contratación Pública y en la Página Web de ECOPETROL*) de contratos de cuantía igual o superior a 50 SMLM.
- Se establece como premisa de modificación de los contratos la realización del Mejor Negocio.
- Se fomenta el cumplimiento de la función social que incumbe a ECOPETROL S.A.

3.1.4.2.2. Marco Conceptual.-

ECOPETROL:

- Utilizará prácticas de divulgación de información oportuna y veraz sobre sus procesos de contratación;
- Aplicará a sus procesos reglas claras y procedimientos objetivos que garanticen tanto la calidad en la provisión de bienes y servicios para cumplir con su objeto social, como el respeto por la equidad en las oportunidades de

participación de sus proveedores y el correcto y bien intencionado análisis de las condiciones técnicas, comerciales y de valor agregado;

- Asegurará la vigencia de la ética y la responsabilidad social en su contratación;
- Garantizará que los procesos de selección se dirijan a la escogencia de un contratista o colaborador idóneo y a la identificación del ofrecimiento más favorable, de manera que mediante la ejecución exitosa del contrato se coadyuve al efectivo cumplimiento de los fines que incumben a ECOPETROL.

3.1.4.2.3. Ámbito de Aplicación.-

El Manual de Contratación será aplicado en todos los casos en que ECOPETROL S.A. actúe como contratante.

3.1.4.2.4. Procesos de Selección – Clases:

- Selección Directa: Es el proceso mediante el cual se contrata de manera directa a una persona en particular, atendiendo a los Precios de Mercado y con sujeción a una negociación integral.
- Concurso Cerrado: Es el proceso en que pueden presentar ofertas personas previamente determinadas, aplicando criterios de Inteligencia de Mercado, y se selecciona entre ellas con base en factores objetivos, definidos previamente por ECOPETROL.
- Concurso Abierto: Es el proceso en que puede presentar oferta cualquier persona que cumpla con las condiciones de la respectiva solicitud, y se

selecciona entre ellas con base en factores objetivos, definidos previamente por ECOPETROL.

3.1.4.2.5. Procesos de Selección – Trámite

Su desarrollo o trámite corresponde a una secuencia lógica y no a un Procedimiento estricto y reglado; puede ser suspendido o cancelado:

1. Invitación o convocatoria;
2. Aclaraciones a la invitación o convocatoria;
3. Presentación de ofertas;
4. Evaluación de ofertas;
5. Negociación / Decisión de contratar o no.

Como condición para su validez, la presentación de cualquier propuesta ECOPETROL estará acompañada de una manifestación del respectivo proponente en la que conste que conoce el Manual de Contratación de manera completa y su aceptación expresa de todas las condiciones y las normas estipuladas en el mismo.

Cuando la propuesta se deba presentar por escrito, esta manifestación se deberá entregar también por escrito a ECOPETROL conjuntamente con la propuesta, mientras que si la propuesta se da a conocer a ECOPETROL de

forma verbal, se acordará una fórmula entre el proponente y ECOPEPETROL para dejar constancia de la misma.

A pesar de que esta manifestación de aceptación constituye un requisito de validez de las propuestas recibidas por la Empresa, ECOPEPETROL podrá, si así lo considera conveniente, pedir a los proponentes que se la envíen aún después de la recepción de una oferta, pero siempre antes de la respectiva decisión de contratar.

3.1.4.2.6. Fomento contratación regional.

- Contrataciones de cuantía hasta 100 SMLM (*Selección Directa*).
- Contrataciones sujetas a Listas de Precios Unitarios (*Selección Directa*).
- Precalificación con convocatoria pública o privada regional (*Concurso Cerrado*).
- Contrataciones de cuantía entre más de 100 y hasta 1.000 SMLM (*Concurso Cerrado – Se puede reservar exclusivamente a la participación de Mipymes departamentales, regionales o locales, cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución del contrato*).
- Concursos Abiertos Regionales y Locales.
- Invitación directa a participar a Juntas de Acción Comunal, Cooperativas, fundaciones, Mipymes, para que concursen en igualdad de condiciones con quienes acaten la convocatoria pública.
- Evaluación de Proveedores – Puntaje por vinculación de mano de obra local.

- Cláusula Contractual de Responsabilidad Social.

3.1.4.2.7. Alcance

El Manual de Contratación no contiene todo el régimen jurídico contractual, por ello se dispone que en lo no previsto en el Manual, se aplicarán las disposiciones comerciales y civiles.

3.1.5. CONTRATACIÓN ECOPETROL S.A.

Conforme al Manual de delegaciones, al Manual de Funciones de Interventores y Administradores, y a directrices internas de la Empresa, en el proceso de contratación pueden intervenir, entre otros, los siguientes funcionarios:

1. Funcionarios solicitantes de la contratación
2. Asesores y Gestores o Ejecutores
3. Funcionarios Autorizados
4. Evaluadores
5. Interventores y Administradores
6. Liquidadores

En ECOPETROL se maneja un registro de proveedores con la asistencia de una empresa internacional (Aguiles España-Portugal), que se encarga de la actualización del registro.

3.2 EMPRESA DE PETRÓLEOS MEXICANOS.

3.2.1 NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DE CONTRATACIONES

Pemex, por ser un organismo público descentralizado del gobierno federal, está sujeto a un excesivo conjunto de normas administrativas pero sobre todo, a dos leyes federales que regulan prácticamente todo tipo de contratos y convenios a los que Pemex tiene que recurrir para lograr su mandato: la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ha sido ampliamente reconocido por casi todos los involucrados en este tema (principalmente, por parte del mismo Pemex y por especialistas del sector), que dichas leyes no sólo son inapropiadas para Pemex, sino inclusive, contraproducentes.

En estos debates, ha también quedado claro que Pemex requiere triplicar su capacidad de ejecución para poder hacer frente a la caída de la producción y la restitución de reservas, a la creciente demanda interna de productos petrolíferos de calidad, a los nuevos retos geológicos, donde los recursos prospectivos y reservas probadas cada vez son más difíciles de explorar y explotar –en especial, los que se encuentran en aguas profundas–, y a una nueva y cada vez más creciente problemática ambiental. Todo lo anterior en un entorno en el que la tecnología de punta se vuelve total y que, bajo los esquemas actuales, nada más no llega a Pemex.

Ante esto, Pemex requiere de un marco jurídico moderno y coherente con la industria que atienda de manera específica sus necesidades y desafíos. A aquéllos que participamos en la revisión de contratos y convenios con Pemex, sólo nos queda dar nuestro reconocimiento y respeto a los funcionarios que tienen la obligación de desarrollar la industria petrolera ante un régimen jurídico anacrónico e inflexible, donde los servidores públicos trabajan bajo la permanente amenaza respecto de su propia responsabilidad personal y patrimonial. Yo tengo la certeza de que otras empresas petroleras de la talla de Pemex (estatales o privadas), difícilmente podrían tener el éxito que gozan si tuvieran que cumplir con la restrictiva sobre regulación contractual y de procedimientos administrativos que tiene que observar Pemex.

Los contratos y convenios de Pemex constantemente se vinculan con otros grandes problemas que tiene la paraestatal como es el llamado *contratismo*, la falta de planeación administrativa y presupuestal, la falta de transparencia y corrupción, la extranjerización de los servicios, y la pérdida de los recursos humanos especializados dentro de Pemex. Empero, el que esta soberanía otorgue un marco jurídico moderno y especial para que Pemex pueda entablar contratos y convenios adecuados a la industria, no implica favorecer al *contratismo*, la opacidad en los procedimientos o la corrupción, cuya crítica participo y condeno.

Un marco jurídico moderno no se opone a la imperiosa necesidad de que Pemex cuente con un régimen contractual apropiado. Lo mismo sucede con la impostergable necesidad de que Pemex cuente con un servicio civil de carrera adecuado a la industria, capaz de formar y renovar los cuadros y recursos humanos especializados requeridos para esta nueva etapa de desarrollo, así como la necesidad de evitar la excesiva extranjerización de los bienes y servicios que se venden y prestan a Pemex.

(...)

Ambas leyes son reglamentarias del Artículo 134 Constitucional y regulan, por ministerio de ley, prácticamente todos los contratos que Pemex tiene que firmar para desarrollar su mandato. Pero no distinguen actividad o a la persona que regulan por lo que sus criterios para la licitación, adjudicación, firma y cumplimiento de contratos son los mismos para todas las dependencias y entidades de la administración pública federal, por lo que su tratamiento jurídico es el mismo para el IMSS si requiere construir un hospital, a la Secretaría de Educación Pública si busca comprar plumas o rentar computadoras, o Pemex-Exploración y Producción si quiere arrendar una plataforma de producción.

Difícilmente se puede encontrar a alguna persona en este país que no esté de acuerdo en el sentido de que dichas leyes federales son inadecuadas para la industria petrolera.

De ahí que una de las virtudes de la iniciativa presentada por el Ejecutivo es el sujetar los contratos petroleros (los de "*infraestructura productiva*", por lo menos) a un régimen especial excluyente del marco general de las llamadas *compras gubernamentales*, pero cumpliendo al mismo tiempo con los principios establecidos en el Artículo 134 Constitucional y los tratados internacionales que tiene México.

La iniciativa no contempla, como falsamente se ha hecho creer por muchos, excluir la contratación de un régimen de licitaciones competitivas.

Conforme a la propuesta de nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, cuando se trate de *actividades sustantivas de carácter productivo* relacionadas con los Artículos 3, 4, y 4ª de la propuesta de reformas a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, este tipo de contratos no se sujetarán a la ley de obras y ley de adquisiciones previamente citadas, sino al régimen especial establecido en la propia ley orgánica, su reglamento a expedirse, y las disposiciones que dicte el Consejo de Administración, los cuales deberán estar acordes con lo establecido en el Artículo 134 Constitucional.

A contrario sensu, los contratos que no se relacionen con el desarrollo de *actividades sustantivas de carácter productivo* (compra de plumas, arrendamiento de inmuebles para oficinas, por ejemplo), se seguirán regulando al amparo de la ley de adquisiciones o ley de obras públicas.¹⁶

El régimen actual plantea una sola manera para comprar cualquier tipo de bienes y para desarrollar todo tipo de infraestructura. Se trata de un régimen común que no distingue actividades por su especialización, mercado o tecnología y, por lo tanto, no toma en cuenta el carácter productivo de Pemex.

Por ejemplo, para contratar una obra, en Pemex sólo tenemos dos opciones: precios unitarios o precio alzado, ambas son limitadas para los proyectos de Pemex; un catálogo predefinido como lo contempla la ley actual elimina la posibilidad de incorporar desarrollos tecnológicos a menores costos.

Se trata, por ejemplo, de un esquema en el que resulta igual contratar la construcción de una barda, que contratar la perforación de un pozo exploratorio en aguas profundas.

El esquema de contratación vigente supone condiciones técnicas y económicas inamovibles, predeterminadas, modelo que es aplicable y funciona para la infraestructura civil, pero no para la industria petrolera que, por naturaleza, es técnicamente compleja, requiere altas inversiones, largos periodos de maduración, innovación tecnológica constante, enfrenta mercados concentrados y altamente especializados, y mide sus resultados en producción y ganancias. Bajo este esquema, todo queda predefinido y estandarizado independientemente de lo que se contrate: las formas de pago, los métodos de seguimiento a la ejecución, las causas de terminación o rescisión y otras condiciones económicas, como por ejemplo los tipos de garantías y penalizaciones, entre otras.

¹⁶ Contratos de Servicios para Pemex
www.senado.gob.mx/reforma_energetica/content/foros/10julio2008_3pdf. pp 4,5,6.7.

Pongo un ejemplo: el costo de los servicios de perforación se incrementaron más del 100% entre 2005 y 2007. Así es la industria petrolera, incierta, variable.

Adicionalmente, bajo el régimen actual de contratación, el cumplimiento de procedimientos es el único medio de control y de rendición de cuentas. La seguridad jurídica del servidor público depende prioritariamente de cumplirlos.

(...)

Fundamentos e implicaciones de los artículos 27 y 134 Constitucionales

Todos estamos de acuerdo en los fundamentos e implicaciones de la Constitución.

En este sentido, el artículo 134 establece que los recursos económicos deben ser administrados bajo principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. No se trata solamente del gasto público, los hidrocarburos son también un recurso económico que debe estar sujeto a estas reglas.

Ya que estos principios constitucionales sólo se cumplen con una administración óptima, es que se torna indispensable reconocer las particularidades de la contratación petrolera con una legislación especial que atienda a las circunstancias económicas de la industria.

En este sentido, la Constitución establece como regla general la contratación a través de licitación pública, como un medio para obtener las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.¹⁷

Igualmente en otras informaciones que ofrece el Internet se ratifican estos criterios al señalar básicamente que se requiere de un régimen de contrataciones flexible que permita obtener un equilibrio entre procedimiento y resultados y que sea aplicable a las actividades sustantivas de Pemex.

¹⁷ Adquisiciones, contratos y obras públicas de Petróleos Mexicanos.
www.pemex.com/index.cfm? pp 2 y 4

A continuación, por considerarlo de utilidad para nuestro trabajo, transcribo un punteo de ideas que reflejan de manera resumida la información que sobre el tema de contrataciones de PEMEX he podido obtener del internet (www.pemex.com/index.cfn?):

3.2.2. PROPUESTA DE NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIONES

3.2.2.1. Antecedentes

- Hoy en día PEMEX es una empresa petrolera que opera bajo un régimen de contratación que no considera las características propias de la industria petrolera.
- PEMEX es la única empresa petrolera que opera bajo un régimen de contratación ajeno a las necesidades de la industria.
- El actual esquema de contratación va en detrimento de la eficiencia y la efectividad de sus operaciones.
- El esquema actual genera costos económicos a la empresa y al país.
- Las obras de la industria petrolera son de tal complejidad y tamaño que se requiere un esquema de contratación más flexible y eficiente.
- Por ello la propuesta del Ejecutivo contempla un nuevo régimen de contrataciones en actividades sustantivas.

3.2.2.2 ¿Cuáles son los problemas con el actual esquema de Contratación?

- Actualmente la Ley de Obras Públicas y Servicios sólo admite tres tipos de contratos que son:
 - Sobre la base de precios unitarios
 - A precio alzado
 - Mixto cuando contengan una parte a base de precios unitarios y otra a precio alzado
- Este esquema resulta rígido e insuficiente para las necesidades de la industria que requiere mayor flexibilidad para los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos.
- Las disposiciones de las leyes mencionadas están orientadas a dependencias y entidades que no tienen actividades productivas, que no enfrentan mercados competitivos o que realizan obras o contratan servicios que no se ajustan a la complejidad y características propias de la industria petrolera.
- La regulación vigente exige que los proyectos queden totalmente definidos antes de su ejecución en cuanto a costos, tecnología y alcances, cosa que es materialmente imposible en la industria petrolera.
- Resta eficiencia en la toma de decisiones, se traducen en numerosos trámites y requerimientos que merman la capacidad de respuestas de la entidad.
- No es posible definir cuáles serán los trabajos necesarios y los costos correspondientes en contratos para exploración y extracción, donde no

es posible saber de antemano cuantos y que tan profundas habrán de ser las perforaciones.

- No apoya el desarrollo y explotación de nuevos campos.
- No le da agilidad para atender los incidentes que sufre la infraestructura, derrames, fugas, etc.
- No le permite realizar con oportunidad y certidumbre los ajustes y modificaciones que se requieren en el diseño, procura y construcción de plantas industriales.
- Dificulta la contratación de consultorías, estudios, asesorías, investigaciones o capacitación con empresas líderes.

3.2.2.3. ¿Qué se propone la iniciativa?

En materia de exploración y producción, se propone otorgar a PEMEX herramientas para multiplicar su capacidad de ejecución y hacerse de la tecnología más avanzada, bajo los siguientes mecanismos:

- Adecuar los esquemas de contratación que realiza PEMEX para asegurar la eficacia en los trabajos de obra o prestación servicios que encomienda (contratos de desempeño o con incentivos).
- Estos esquemas en ningún caso podrán considerar mecanismos de remuneración que comprometan la propiedad del hidrocarburo.
- Tampoco podrán ceder el control de la operación a las empresas participantes.

Todo ello buscando reducir los costos en las operaciones de PEMEX y a elevar su productividad, propiciando con ello un aumento en la renta petrolera en beneficio del país.

Es importante dejar claro que un contrato con incentivos no es igual a un contrato de riesgo, porque:

- Los incentivos son una parte del pago, y como tales, siempre se pagarán en efectivo.
- Para asegurar la eficacia de la contratación, los incentivos se pactarán en función de metas e indicadores explícitos para cada contrato; no se trata cantidades indefinidas y sin límites.
- Los incentivos son mecanismos que no comprometen ni la propiedad ni el control sobre los hidrocarburos.
- Los incentivos no implican una participación en la producción, por eso no son contratos de producción compartida equivalentes a los contratos de riesgo, prohibidos desde 1958.
- El pago de incentivos sólo ocurre cuando, como resultado de la ejecución de obras y servicios, se incrementa la renta petrolera, en beneficio de Pemex, de la Nación, y, así, en beneficio de los mexicanos.

En materia de refinación, se propone dotar a PEMEX de mecanismos que le permitan ampliar su capacidad de ejecución a través de que:

- PEMEX podría contratar a terceros a quienes entregará el petróleo crudo para su procesamiento y recibiría a cambio todos los productos procesados y residuos aprovechables (maquila).

- La propiedad del crudo sería, en todo momento, de PEMEX.
- No se modifica el esquema actual de comercialización, que se mantiene en exclusiva a través de franquicias de PEMEX (sólo se puede vender gasolina de la empresa petrolera estatal) y bajo el mecanismo de precios establecido por el Gobierno Federal.

En este caso, manteniendo en todo momento a esta actividad como parte de la industria petrolera reservada al Estado.

3.2.2.4. Beneficios Adicionales de la Propuesta

- Permitiría atender con prontitud y amplitud necesaria, derrames, emisión de gases tóxicos vertimiento irregular de hidrocarburos cualquier otro incidente que ponga en riesgo a la población o medio ambiente.
- Permitiría contratar servicios relacionados con la instalación, mantenimiento o conservación de equipos industriales, con el fabricante original del equipo o maquinaria para mantener la garantía técnica del mismo.
- Permitiría a PEMEX contrataciones para desarrollar bienes y procesos que representen innovaciones tecnológicas importantes en sus actividades sustantivas.

3.2.2.5. Certidumbre Jurídica

- En la iniciativa de reformas a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo se plantea con todo claridad que en las contrataciones que realicen Pemex y sus organismos se mantendrá en todo momento el control en las actividades de exploración y desarrollo de los recursos petroleros.
- En el proyecto de reforma al artículo 6 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 en el Ramo del Petróleo se establece que las remuneraciones que se pagarán por dichas contrataciones siempre serán en efectivo y en ningún caso concederán propiedad sobre los hidrocarburos, ya sea a través de porcentajes o por participación en los resultados de las exploraciones.
- En las obras y servicios que se contraten mediante este nuevo esquema, en ningún caso y por ningún motivo, se podrán pactar pagos en especie o por porcentaje de la producción.
- La Propuesta del Ejecutivo no implica que se les transmita a particulares el dominio directo de la propiedad del producto.
- La Constitución establece que PEMEX puede celebrar contratos, siempre y cuando no se dé al particular en ningún momento la propiedad de la renta petrolera.
- El sector privado no puede intervenir a las actividades inherentes a las áreas estratégicas, pero sí puede intervenir en las actividades industriales, siempre y cuando no sea propietario de los productos de la

nación ni celebrar actos jurídicos que le permitan gozar de la renta petrolera.

- Nada en la Constitución impide que el estado encargue ciertas clases de transformación de los hidrocarburos a los particulares, por ejemplo la refinación, manteniendo la propiedad y el control del recurso y todos sus productos.

En un artículo que igualmente aparece en el internet (www.oem.com.mx) de 17 de marzo de 2009, se manifiesta que se está llegando a un acuerdo legislativo sobre el tema de modernización de Pemex sin llegar a procesos de privatización, al parecer acogiendo la propuesta referida en párrafos anteriores.

Finalmente, los análisis encontrados, en el caso de Pemex, básicamente se refieren a exploración y explotación de hidrocarburos, producción y refinación de los mismos.

3.3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE CONTRATACION DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS EN PETROECUADOR Y OTRAS EMPRESAS PETROLERAS ESTATALES.

Como podemos observar, en la región no existe un modelo único en materia de contrataciones hay empresas como PEMEX, que contratan bajo el régimen general de contratación como el resto de instituciones públicas y otras

como ECOPETROL, que por su naturaleza, lo hacen observando un régimen privado.

Como se puede observar, la diferencia básica que podemos identificar depende de que las contrataciones que efectúan las empresas petroleras públicas, por la naturaleza que la ley les asigne, se rijan por las normas del derecho privado o del derecho público lo que permitirá en gran medida flexibilizar los procedimientos y priorizar en algún momento el alcance de metas.

En función de estas posibilidades las contrataciones en PETROECUADOR comparadas con el caso de PEMEX por ejemplo son similares con alguna variación, pero en el caso de ECOPETROL hay varias diferencias que más bien tienen que ver con la posibilidad de llevar a cabo procedimientos más flexibles y que permiten un gama más amplia de posibilidades, esto sin perder de vista que por tratarse de empresas que manejan fondos públicos se tomen algunas precauciones y limitaciones en pos del interés colectivo.

De manera habitual y cuando es posible se efectúan procedimientos de selección, totalmente abiertos en ciertos casos a través de licitaciones y en otros a un número limitado de oferentes. También es factible una contratación directa, siempre y cuando se encuentre plenamente justificada su aplicación.

Por lo tanto, en definitiva los procedimientos de contratación en general son muy similares a los que utiliza PETROECUADOR con algunas variantes.

CAPÍTULO IV

4.1. CONCLUSIONES

- La actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula las contrataciones para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, bajo la premisa de que se efectúen utilizando fondos públicos, en los porcentajes que señala la propia Ley.

En virtud de ello, PETROECUADOR y sus empresas filiales se encuentran sometidas a la aplicación de esta Ley.

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla un *régimen general* de contratación que determina: **a)** procedimientos dinámicos (bienes y servicios normalizados): compra por catálogo (bienes y servicios normalizados y catalogados. convenios marco); subasta inversa electrónica y subasta inversa presencial; **b)** procedimientos comunes (licitación, cotización y menor cuantía); y, **c)** procedimientos especiales (contratación integral por precio fijo, contrataciones en situaciones de emergencias, y adquisición y arrendamiento de inmuebles).

Por otro lado, se contempla un *régimen especial* cuyo procedimiento lo define el nuevo Reglamento y se refiere a los casos previstos en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Finalmente, se detallan los procedimientos a aplicarse en el

caso de consultoría: contratación directa, contratación mediante lista corta y contratación mediante concurso público

- Por primera vez se contemplan en nuestro derecho positivo los principios que deben regir la contratación pública, básicamente: igualdad, publicidad y transparencia y oposición o concurrencia. (artículo 288 de la Constitución de la República y artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)
- Más allá de procedimientos adecuados y normas claras, consideramos que el éxito de la contratación pública depende en gran medida de la probidad, ética y nivel de conocimiento y experiencia de quienes participan en la misma, fundamentalmente de los funcionarios públicos, por lo que su selección y capacitación permanente son básicas para la obtención de los resultados esperados.
- La contratación es un aspecto de gran importancia en la gestión pública, pues un gasto eficaz de los recursos públicos; es decir un gasto que responda a una planificación oportuna y adecuada, a una priorización en función de los intereses colectivos acompañada de una selección idónea del particular que va a colaborar con el estado y que al final del día haya respondido a los objetivos propuestos, permitirá al evaluador de la gestión pública, catalogar el éxito o el fracaso de la administración que las haya efectuado.
- Desde su creación PETROECUADOR y sus empresas filiales han contado con sus normas propias de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, dictadas por el Presidente de la República; por lo tanto, con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Contratación Pública se norman por primera vez sus procedimientos a través de una Ley, que como quedó señalado se aplicará a todas la contrataciones que se realicen con fondos públicos.

Una ventaja de esta modalidad, como se lo expresó anteriormente, era que las reformas necesarias se las podía hacer de una forma ágil a través de propuestas del Directorio de PETROECUADOR que luego debían ser sancionadas por el Presidente de la República; esto permitió por ejemplo, la inclusión de la subasta en línea antes de que la normativa general de contratación la contemplara.

Actualmente, esta agilidad sin duda se ve amenazada pues las normas que rigen los procedimientos de contratación, tienen rango de Ley Orgánica, situación que contrasta con los acelerados cambios que se dan en el negocio petrolero, añadido al hecho de que esta Ley contempla una amplia gama de contrataciones efectuadas por una diversidad de instituciones, lo que un momento determinado puede obstaculizar las reformas puntuales requeridas para el caso de PETROECUADOR y sus empresas filiales.

- En PETROECUADOR y sus empresas filiales se terminó generando una maraña normativa en la materia objeto del presente trabajo, pues se contaba con un Reglamento, un Instructivo, un Manual de Aprobaciones por filial que contenía también normas de contratación, manuales internos de compras locales, importaciones, y finalmente disposiciones aisladas del Consejo de Administración de PETROECUADOR, que se emitían con el carácter de generales, pero en función de casos concretos, maraña que a nuestro criterio complicó las contrataciones,

entre otros temas porque no eran de conocimiento general y se prestaban a un sinnúmero de interpretaciones, que generaban inseguridad jurídica en algunas ocasiones.

- Para el cumplimiento de sus actividades PETROECUADOR y sus filiales realizan las siguientes contrataciones que tienen su régimen propio, como quedó ya expresado: **a)** de exploración y explotación de hidrocarburos, que los suscribe el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, y sus procedimientos se encuentran normados en la Ley de Hidrocarburos; **b)** de comercio internacional de hidrocarburos, cuyos procedimientos actualmente los norma el Consejo de Administración de PETROECUADOR, **c)** de abastecimiento y distribución a nivel interno de hidrocarburos que más bien son requisitos para realizar actividades de comercialización y **d)** los que realmente son el objeto del presente trabajo, contratos para ejecución de obras, prestación de servicios incluidos los de consultoría y adquisición de bienes.
- En el sistema PETROECUADOR, para la contratación de ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes, al igual que en las demás instituciones públicas se efectuaban procedimientos licitatorios y los tiempos en que los mismos se cumplían no tenían mayor diferencia con los del resto de instituciones públicas; las diferencias fundamentales eran que se tenían varios órganos adjudicadores, básicamente en función de montos a través de una desconcentración administrativa lo que permitía un manejo más ágil de las contrataciones y se contaba con un registro propio de proveedores que un momento

dado se convirtió en una de los cuellos de botella en los procedimientos de contratación.

- La regla de que en derecho público se puede hacer solo lo permitido, en muchas ocasiones se ha convertido en una camisa de fuerza que impide dar soluciones ágiles y novedosas a los inconvenientes que se presentan en la gestión en el tema de contrataciones, sobre todo por el tema de responsabilidades.
- En el presente análisis se han evitado criterios subjetivos y las inquietudes que se han planteado son esencialmente en función de la práctica, como funcionario de PETROECUADOR y específicamente de PETROCOMERCIAL.

En el marco de esta aclaración, considero importante comentar que los funcionarios de PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCIÓN son los más reticentes a aplicar en sus contrataciones la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues, invocando la naturaleza de sus actividades, sostienen que deberían contar con un sistema propio y ágil de contratación, lo cual a nuestro criterio no deja de tener sentido en las contrataciones que directamente tienen que ver con exploración y explotación de hidrocarburos y refinación. Otras contrataciones que también revisten ciertas particularidades a ser tomadas en cuenta son las realizadas por la Vicepresidencia Ambiental y la Gerencia de Oleoducto de PETROECUADOR.

- Se han generado en los últimos días dos proyectos de Ley que van a tener incidencia en la estructura de PETROECUADOR y en su régimen

de contratación que son la nueva Ley de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

- Las empresas petroleras realizan en general actividades de producción en un mundo muy cambiante y competitivo lo que requiere que sus sistemas de contratación, tengan ciertas particularidades frente al que aplican las demás entidades e instituciones públicas, al menos en las contrataciones relacionadas directamente con sus actividades sustantivas.
- Por tratarse de fondos públicos el utilizar procedimientos de selección utilizando la contratación directa en casos muy puntuales parece ser la opción más adecuada y segura.
- En la contratación pública parecería que lo óptimo es encontrar un balance entre el cumplimiento de procedimientos y obtención de resultados, permitiendo alguna flexibilidad en pos de alcanzar las metas propuestas.

4.2. RECOMENDACIONES

Al parecer lo recomendable, tomando en cuenta la experiencia del derecho comparado, sería el establecimiento de un sistema mixto de contratación como ya se lo concibe, aunque sea de manera limitada en el proyecto de Ley de Empresas Públicas, pues se señala un régimen común de contratación regido por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y uno especial, para casos de excepción cuando se verifiquen los supuestos previstos en el artículo 57 y 58

de dicha Ley, relativos básicamente a convenios de alianzas estratégicas, joint venture o consorcios.

Este sistema mixto consistiría en que ciertas contrataciones que efectúan PETROECUADOR y sus empresas filiales, se rijan por las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y otras se rijan por la normatividad, que un organismo técnico, al interior de PETROECUADOR, dicte para tal efecto. En el nuevo Reglamento General de LOSNCP, ya se habla de contratación especial para sectores estratégicos.

En el segundo caso, a nuestro criterio las normas que regulen dichas contrataciones, deberán partir de la premisa básica de que se tratan de contratos administrativos y no de contratos civiles como lo maneja ECOPETROL; pues, eso limitaría ciertas prerrogativas que a nuestro entender son útiles para el estado al momento de defender los intereses colectivos.

Este sistema mixto debería partir de la definición de qué tipo de adquisiciones serían las reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y cuáles por las normas propias de la empresa, con las particularidades a definirse.

A partir del análisis referido en los capítulos anteriores, parecería que lo recomendable es que las contrataciones a efectuarse observando procedimientos definidos al interior de la empresa, deberían ser aquellas contrataciones que directamente tienen que ver con el cumplimiento de las competencias asignadas por la Ley a PETROECUADOR y a sus empresas filiales, en lo relacionado con Exploración, Explotación e Industrialización de hidrocarburos y posiblemente con protección ambiental, las contrataciones que queden por fuera de estos ámbitos, por no encontrarse directamente

relacionadas con los mismas, deberían efectuarse observando las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La definición de este mecanismo podría ser incluido en el Proyecto de Ley Orgánica de Empresas Públicas, definiéndolo en sus particularidades generales y facultando para que un organismo técnico determine los detalles de dichos procedimientos, buscando flexibilizarlos sin perder de vista el interés colectivo.

Finalmente, es importante también tomar en cuenta el proceso de reestructura en que ha entrado PETROECUADOR en los últimos tiempos; pues, parte de la misma será con seguridad el análisis y propuesta de un sistema de contratación eficiente y que responda a las necesidades de la visión que se planteó de la empresa. En esa misma línea también debemos esperar los resultados que arroje el estudio que sobre este tema de reestructura institucional se encuentra realizando una empresa internacional.

De todo lo expuesto a nuestro criterio se concluye que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, si bien mejora el sistema de contratación de ciertas obras, bienes y servicios requeridos para el cumplimiento de las actividades de PETROECUADOR y sus empresas filiales, como lo hace para una amplia gama de instituciones que manejan fondos públicos, no ofrece todas las alternativas, que por la naturaleza de su gestión inmersa en el mundo de los hidrocarburos, requieren directamente para el cumplimiento de sus actividades sustantivas a saber: exploración, explotación, industrialización y protección ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Benalcázar Bonilla Luis y Aguilar Andrade Pablo, *Guía de Contratación Pública*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1995.

Cámara de la Construcción de Quito, *El Manual Legal del Constructor*, Quito, 2002.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Séptima Edición actualizada, 2002.

Dromi, José Roberto, *Tratado de Derecho Administrativo*, Segunda parte, Ediciones ciudad Argentina, 1998.

Escola, Hector Jorge *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1979.

Diez, Manuel María, *DERECHO ADMINISTRATIVO II*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

Idrobo Arciniega, Marco, *La Contratación Pública*, Quito, Talleres Gráficos ABYA-YALA, 1992.

Parada, Ramón *Derecho Administrativo I*, Madrid, Marcial Pons, Duodécima Edición, 2000.

Rengel, Iván *Manual de Contratación Pública Municipal*, Tomo I, Quito, Edición TRAMA, 1995.

Rengel Espinosa Iván, *Manual de Contratación Pública Municipal, Consultoría y Concesiones*, Tomo II, Quito, 1995.

Secaira Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito, 2004.

Zabala Egas, Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003

DIRECCIONES DE INTERNET:

- www.eclac.org/publicaciones/xm/9/12509/2.
- www.inf.org/externae/pubs/ft/tandd/spa/2007/06/pdf/clements-pdf.
- (www.ccc.org.co/documents/2008/septiembre/exponegocios/ventasecopetrol.pps)
- www.ccc.org.co/docuemnts/2008/septiembre/exponegocios/ventasecopetrol.
- www.senado.gob.mx/reforma_energetica/content/foros/10julio2008_3pdf.

- www.pemex.com/index.cfm?
- www.pemex.com/index.cfn?
- (www.oem.com.mx)

NORMATIVA:

- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.
- REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.
- LEY DE HIDROCARBUOS
- LEY ESPECIAL DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES.
- REGLAMENTO SUSTITUTIVO AL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ESPECIAL DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES
- REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN PARA OBRAS, BIENES Y SERVICIOS ESPECÍFICOS DE LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR Y SUS EMPRESAS FILIALES.