

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

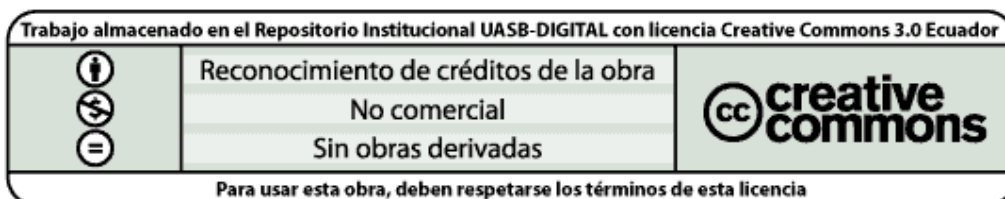
Área de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

**Régimen jurídico del nuevo sistema de contratación pública
ecuatoriano en el contexto internacional**

Jorge Luis González Tamayo

Quito, 2016

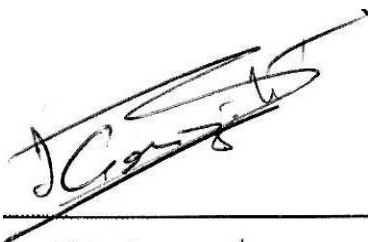


CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Jorge Luis González Tamayo, autor de la tesis intitulada *RÉGIMEN JURÍDICO DEL NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de doctor en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha. 1 de noviembre de 2016



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. González', is written over a horizontal line. The signature is slanted upwards to the right.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Doctorado
Derecho

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA
RÉGIMEN JURÍDICO

Jorge Luis González Tamayo

Tutora: Dra. Claudia Storini

Quito / San José

2014

Abstract

La presente tesis estudia el sistema nacional de contratación pública vigente en el Ecuador a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el 4 de agosto de 2008, incluyéndose sus reformas de 14 de octubre de 2013.

Se inicia con el análisis de los problemas históricos de la contratación pública ecuatoriana, respecto a los tres pilares fundamentales que son su sustento: transparencia, eficiencia y políticas productivas. Se destacan aspectos como carencia de planificación, excesivo énfasis en la regulación de procedimientos, dispersión normativa, incentivos para el dispendio de recursos públicos, falta de articulación de un sistema electrónico que modelara los procesos y aportara con información y estadísticas para el adecuado control de las contrataciones gubernamentales. Definidos los problemas históricos, se analizan los antecedentes normativos internacionales que directamente influyeron a generar la reforma.

Posteriormente se estudia la conformación del sistema nacional de contratación pública desde las grandes fases que se articulan y que permiten su funcionamiento sistémico: planificación, presupuestos, control, administración y ejecución. El análisis incluye una revisión de la institucionalidad vinculada a estas materias y sus relaciones con el sistema. Los principios y objetivos de la contratación pública tienen un extenso tratamiento, tanto desde el punto de vista filosófico como práctico. Transparencia, eficiencia, apoyo a la producción nacional, inclusión de micro, pequeños y medianos proveedores, son los más destacados conceptos que se desentrañan para identificar de qué manera influyen en el funcionamiento del sistema.

También se analiza el modelo institucional que se ha creado para ejercer la rectoría del sistema, desde un punto de vista comparado pero además desde la crítica basada en la experiencia y los resultados.

Los contenidos finales se refieren a las herramientas del sistema y a los procedimientos y mecanismos diseñados, con una mirada orientada al cumplimiento de los objetivos de la contratación pública.

Dedicada a todos aquellos que compartieron conmigo el sueño de sembrar transparencia y construir institucionalidad, empezando por mi familia.

Mis profundos agradecimientos a la Universidad Andina Simón Bolívar por acogerme como su alumno y permitirme devolver algo de lo recibido. En especial a distinguidas autoridades, maestros, compañeros y amigos, sin cuyo concurso no se habría podido culminar esta tesis: Enrique Ayala, José Vicente Troya, Santiago Andrade, César Montaña y una especial mención a Claudia Storini por su acertada y generosa guía.

Contenido

CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS	2
Abstract	4
INDICE DE ABREVIATURAS	10
INDICE DE TABLAS.....	11
INDICE DE ANEXOS	12
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA. REGIMEN JURÍDICO.	13
1. Introducción.....	13
Capítulo I. Panorama histórico de la contratación pública ecuatoriana.	19
1.1. Los problemas relacionados con transparencia, eficiencia y apoyo a la producción nacional en la legislación de contratación pública anterior.....	19
1.1.1. Problemas de la legislación anterior advertidos por evaluaciones internacionales... ..	20
1.1.1.1. Problemas de transparencia.	22
1.1.1.2. Problemas de eficiencia.	31
1.1.1.3. Problemas sobre políticas de producción nacional.	36
1.1.2. Problemas de la legislación anterior previstos en las motivaciones de la nueva ley.	37
1.2. Antecedentes para la reforma de la contratación pública ecuatoriana.	43
1.2.1. Antecedentes normativos internos.	43
1.2.2. Antecedentes normativos internacionales.	48
1.2.2.1. Convención Interamericana Contra la Corrupción.	48
1.2.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.	49
1.2.2.3. Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción.....	51
1.3. Principales finalidades a conseguirse con el cambio de esquema de contratación pública.....	55
1.3.1. Reducción de costos imputables a la contratación pública.	56
1.3.2. Centralidad normativa.	59
1.3.3. Democratización de la contratación pública.	60
1.3.4. Mayor transparencia.....	61
Capítulo II. El Sistema Nacional de Contratación Pública.- Problemática Jurídica.	62
2.1. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la creación del Sistema.- Sus componentes.	62
2.1.1. Planificación y Programación.....	64
2.1.2. Presupuestos.....	69
2.1.3. Control.	75
2.1.3.1. Rol del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.	82
2.1.3.2. Rol de la Contraloría General del Estado.	84
2.1.3.3. Rol de la Procuraduría General del Estado.	88
2.1.4. Administración y ejecución.	92
2.1.4.1. Etapa previa o preparatoria.	93
2.1.4.2. Etapa precontractual.	94
2.1.4.3. Etapa contractual.	94
2.1.4.4. Etapa de ejecución del contrato.	94
2.1.4.5. Etapa de evaluación.	96
2.2. Principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.	97
2.2.1. Principios de la contratación pública.....	97
2.2.1.1. Principio de legalidad.	98
2.2.1.2. Principio de trato justo.....	102
2.2.1.3. Principio de igualdad.	105
2.2.1.4. Principio de calidad.	107
2.2.1.5. Principio de vigencia tecnológica.	110
2.2.1.6. Principio de oportunidad.	113
2.2.1.7. Principio de concurrencia.	114
2.2.1.8. Principio de transparencia.	115
2.2.1.9. Principio de publicidad.	118
2.2.1.10. Principio de participación nacional.	121
2.2.1.11. Otros principios.	122
2.2.2. Objetivos prioritarios del SNCP.	124

2.2.2.1.	Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.....	124
2.2.2.2	Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.....	125
2.2.2.3.	Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública. .	126
2.2.2.4.	Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.	134
a)	Consideraciones nacionales.....	135
b)	Consideraciones internacionales.....	142
2.2.2.5.	Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas.....	153
a)	Compra de inclusión.....	157
b)	Ferias inclusivas.....	157
c)	Contratación preferente.....	158
2.2.2.6.	Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna.....	163
2.2.2.7.	Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional.....	168
2.2.2.8.	Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales.....	169
2.2.2.9.	Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.....	171
2.2.2.10.	Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público.....	172
2.2.2.11.	Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.....	173
2.3.	El modelo institucional.....	174
2.3.1.	Análisis comparado de modelos institucionales.....	176
2.3.1.2.	El modelo panameño.....	185
2.3.1.3.	El modelo paraguayo.....	189
2.3.1.4.	El modelo peruano.....	194
2.3.2.	Características jurídico-administrativas del SERCOP.....	196
2.3.3.	Facultades del SERCOP.....	200
2.3.3.1.	Facultad Verificadora y de control.....	203
2.3.3.2.	Facultad Administradora.....	204
2.3.3.3.	Facultad Reguladora.....	205
2.3.3.4.	Facultad Promotora, formativa e informativa.....	206
2.3.3.5.	Facultad Ejecutora.....	207
2.3.3.6.	Las facultades que tienen escasa o inadecuada regulación.....	208
2.3.4.	Mejoras al modelo ecuatoriano.....	213
Capítulo III. Procedimientos, mecanismos y herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública...		222
3.1.	Registro de Proveedores.....	222
3.2.	El Portal electrónico de contrataciones estatales.....	226
3.3.	Procedimientos ordinarios: sus características y objetivos particulares.....	229
3.3.1.	Ámbito y excepciones.....	230
3.3.2.	Régimen común y régimen especial.....	249
3.3.3.	Clasificación de las contrataciones de régimen común.....	259
3.3.4.	Características y objetivos particulares de los procedimientos de régimen común. .	260
3.3.4.1.	Procedimientos dinámicos.....	260
a)	Compras por catálogo.....	263
b)	Subasta Inversa.....	274
3.3.4.2.	Procedimientos de consultoría.....	284
a)	Contratación directa.....	289
b)	Lista corta.....	292
c)	Concurso Público.....	295
3.3.4.3.	Procedimientos Generales.....	298

a)	Ínfima Cuantía	299
b)	Menor Cuantía para bienes y servicios	302
c)	Menor Cuantía para obras.....	304
d)	Cotización de bienes, servicios y obras.	308
e)	Licitación de bienes, servicios y obras.	311
f)	Feria Inclusiva.	314
3.3.4.4.	Orientación a objetivos.	317
3.3.5.	Algunas consideraciones sobre los procedimientos de régimen especial.	317
3.4.	Mecanismos de apoyo a la producción nacional y a la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas.	332
3.4.1.	Mecanismos de apoyo a la producción nacional.	332
3.4.1.1.	Origen nacional.	332
3.4.1.2.	Margen de preferencia.	338
3.4.1.3.	Verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano.	339
3.4.1.4.	Desagregación Tecnológica.....	339
3.4.1.5.	Exclusión de participación en consultoría.	341
3.4.1.6.	Transferencia de tecnología y de conocimiento.....	341
3.4.1.7.	Otras preferencias.	342
3.4.1.8.	Consideraciones finales sobre los apoyos a la producción nacional.....	343
3.4.2.	Mecanismos de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas y actores de la EPS.	349
	Conclusiones.	355
	BIBLIOGRAFÍA.....	379
	ANEXOS	396
	ANEXO 01	397
	Facultades del SERCOP y sanciones previstas en la LOSNCP.....	397
	ANEXO 02	407
	Montos referenciales de los procedimientos de contratación.	407
	ANEXO 03	409
	Cifras de las compras por catálogo electrónico.	409
	ANEXO 04	411
	Cifras de la subasta inversa electrónica.	411
	ANEXO 05	412
	Procedimientos de la Ley Modelo CNUDMI.....	412
	ANEXO 06	436
	Orientación a objetivos de la LOSNCP.	436
	ANEXO 07	438
	Definición del origen de bienes y servicios de Ministerio de Industrias.	438
	ANEXO 08	444
	Informe de casos con indicios de incorrecciones.....	444
	ANEXO 09	451
	Mecanismos de apoyo a las MIPYME.	451
	ANEXO 10	458
	Análisis de la situación actual de los problemas de la contratación pública.....	458
	Problemas de transparencia.	458
	Problemas de eficiencia.	467
	Problemas sobre políticas de producción nacional.	470

INDICE DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio
ACP revisado	Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio
Art.	Artículo
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CC	Código Civil
CLD	Corporación Latinoamericana para el Desarrollo
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
COPYFP	Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
CRE	Constitución de la República del Ecuador
EPS	Economía Popular y Solidaria
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
ESAP	Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País
GAD	Gobierno(s) Autónomo(s) Descentralizado(s)
INCOP	Instituto Nacional de Contratación Pública
INEN	Instituto Ecuatoriano de Normalización
LOEP	Ley Orgánica de Empresas Públicas
LOEPS	Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LORLOSNC	Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LSEC	Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción
MIPE	Micro y pequeñas empresas
MIPRO	Ministerio de Industrias y Productividad
MIPYME	Micro, pequeñas y medianas empresas
NMF	Nación Más Favorecida
OAE	Organismo de Acreditación Ecuatoriano
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
PAC	Plan Anual de Contrataciones
RGLOSNC	Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
RO	Registro Oficial
ROS	Registro Oficial Suplemento
RUP	Registro Único de Proveedores

SERCOP	Servicio Nacional de Contratación Pública
SNCP	Sistema Nacional de Contratación Pública
SOCE	Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano
TED	Trato Especial y Diferenciado
TI	Transparencia Internacional
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación

INDICE DE TABLAS

NÚMERO	DENOMINACIÓN	PÁGINA
1	Resultados CONTRATANET	47
2	Comparación de plazos de la licitación	164
3	Clasificación de tipos de instituciones según ERJAFE	225 - 226
4	Clasificación de los sistemas electrónicos de contratación pública	235 - 236
5	Comparación de entidades sujetas a la LOSNCP	248 - 250
6	Comparación de régimen especial en la antigua ley y en la LOSNCP	259 - 267
7	Clasificación de los procedimientos de régimen común	268
8	Convenios marco según la Ley modelo CNUDMI	276 - 281
9	La subasta inversa en la Ley modelo CNUDMI	288 - 291
10	Contenidos de la consultoría	293
11	Cifras de la contratación directa de consultoría	299
12	Cifras de la lista corta de consultoría	302
13	Cifras del concurso público de consultoría	305
14	Cifras de la menor cuantía para bienes y servicios	312
15	Cifras de la menor cuantía para obras	315
16	Cifras de la cotización	319
17	Cifras de la licitación	322
18	Criterios para categorización de MIPYME	359
19	Sanciones previstas en la LOSNCP	397 - 399
20	Montos referenciales de los procedimientos de contratación	400 - 401
21	Cifras de las compras por catálogo electrónico	402 - 403
22	Cifras de la subasta inversa electrónica	404
23	Procedimientos de la Ley Modelo CNUDMI	405 - 428
24	Orientación a objetivos de la LOSNCP	429 - 430
25	Mecanismos de apoyo a las MIPYME	431 - 436

INDICE DE ANEXOS

NUMERO	DENOMINACIÓN
01	Facultades del SERCOP
02	Montos referenciales de los procedimientos de contratación
03	Cifras de las compras por catálogo electrónico
04	Cifras de la subasta inversa electrónica
05	Procedimientos de la Ley Modelo CNUDMI
06	Orientación a objetivos de la LOSNCP
07	Definición del origen de bienes y servicios del Ministerio de Industrias
08	Informe de casos con indicios de incorrecciones
09	Mecanismos de apoyo a las MIPYME
10	Análisis de la situación actual de los problemas de la contratación pública

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA. REGIMEN JURÍDICO.

1. Introducción.

En los últimos quince años, se ha generado una nueva corriente mundial que fomenta la implantación y funcionamiento de sistemas de contrataciones lógicos y electrónicos, que se sostiene sobre tres pilares: eficiencia, transparencia y políticas de desarrollo productivo, competitivo o social.

El primero de ellos: la eficiencia, busca evitar dispendiosos gastos improductivos, pues tantos recursos públicos se desperdician por la corrupción como por la ineficiencia de trámites y gestiones. Acortar plazos, suprimir trámites innecesarios, simplificar la gestión, lograr ahorros de precios y costos de transacción, maximizar el valor del dinero, aprovechar el poder de compra del Estado, son aspectos que persigue esta nueva tendencia. Normalmente han sido los ministerios de hacienda o de finanzas los adalides de estas reformas que rescatan recursos que antes se desperdiciaban en medio de los tortuosos senderos de las contrataciones ineficientes.

En cuanto a la transparencia, se entiende que mientras menos información disponible exista, más actuaciones arbitrarias se producen y las posibilidades de corrupción aumentan. Así mismo, cuantas menos personas puedan acceder a los concursos de contratación pública, más posibilidades existen de que se verifiquen acciones reñidas con la transparencia. Por ello, este eje ha sido fundamental para impulsar sistemas que coadyuven a eliminar los secretismos en la contratación estatal. La necesidad de mejorar la transparencia ha sido impulsada por organismos anticorrupción, sobre todo de

la sociedad civil, sin perjuicio de algunos estatales e internacionales. Además, como se verá, los estados han suscrito varias convenciones relacionadas con este tema.

Una tercera vertiente pone énfasis en la aplicación de políticas públicas dentro de esta materia, tomando en cuenta la gran cantidad de recursos que cada año se inyectan en las economías a través de los contratos de gobierno. De allí que muchos países articulen sus legislaciones en torno a apoyos a productos nacionales o a micro, pequeñas o medianas empresas, para generar más oportunidades de crecimiento e innovación. En el caso ecuatoriano, estos contenidos son soportados por la intervención de los ministerios con injerencia en los campos de la producción y la industria.

Sobre estos aspectos se refiere la Organización Mundial del Comercio – OMC- de la siguiente manera:

Puesto que los recursos públicos son escasos, la eficiencia del proceso de adquisiciones es una consideración esencial en todo régimen de contratación. En general, se estima que un régimen de contratación abierto, transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para hacer un uso óptimo de los recursos, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores. Al mismo tiempo, numerosos Miembros de la OMC utilizan todavía sus decisiones de contratación pública como medio para alcanzar objetivos de política nacionales, como la promoción de determinados sectores económicos o grupos sociales.

La contratación pública es un importante aspecto del comercio internacional, habida cuenta del considerable tamaño de su mercado (a menudo entre el 10 y el 15 por ciento del PIB) y de los beneficios resultantes para las partes

interesadas nacionales y extranjeras por efecto del aumento de la competencia.¹

Sin embargo, las fuentes del cambio no se agotan con estos tres pilares, pues existen otros elementos que deben ser considerados para alcanzar un panorama completo en esta materia. Uno de ellos es la expansión del gobierno electrónico o gobierno digital que busca acercar el gobierno a los ciudadanos a través de la ruptura de barreras espacio - temporales, la simplificación de trámites y procedimientos y la mejora de la competitividad, entre otros objetivos. Por este motivo, no es raro encontrar que, en algunos países, el desarrollo de sistemas electrónicos de compras públicas esté vinculado al accionar de ministerios de telecomunicaciones o proyectos de *e-government*.

También empujan a la creación de los sistemas de compras públicas aspectos comerciales, con el fin de incentivar la competencia y mayor participación de posibles proveedores de bienes y servicios, lo que repercute en la dinamización de las economías y mejora de la calidad.

Además, la necesidad de eliminar las barreras y trabas para el intercambio libre y no discriminatorio de bienes y servicios, en el ámbito internacional, ha generado una serie de análisis, normativas y recomendaciones para abrir los mercados de compras públicas sin consideraciones de nacionalidad u origen de productos o proveedores. En este sentido, ha sido fundamental el aporte de la OMC, y sobre todo de los tratados de libre comercio y acuerdos comerciales diversos, que han contribuido a uniformizar reglas, normativas, prácticas y herramientas tecnológicas.

¹ El texto pertenece a la introducción de la sección de la página de la Organización Mundial del Comercio dedicada a la contratación pública. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm (revisado a julio 2012).

Así mismo, los criterios de sostenibilidad ambiental, social y económica están en auge actualmente. Como consecuencia de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible del año 2002 se generó el denominado “Proceso de Marrakech”² que, entre otros cometidos, busca incorporar criterios de sustentabilidad en las contrataciones de los estados, en atención a su gran capacidad de incidir sobre las conductas relacionadas con la producción, consumo y disposición de productos, muchas veces reñidas con el ambiente o el respeto a derechos sociales.

Finalmente, otra vertiente que estimula la adopción de sistemas de contratación pública modernos, transparentes y competitivos, son los compromisos adoptados por los países desarrollados y en desarrollo, así como por las instituciones para el desarrollo multilaterales y bilaterales, que se recogieron en la denominada “Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo”³ de marzo de 2005. Uno de los compromisos de las instituciones donantes (banca multilateral) es la utilización de los sistemas nacionales en la ejecución de los proyectos que financian, en lugar de sus políticas de adquisiciones, cuando el país haya adoptado modelos y procesos estándar y con buenas prácticas generalmente aceptadas. Por ello se han desarrollado metodologías para realizar evaluaciones al funcionamiento del esquema país de contratación pública.⁴

² Sobre el “Proceso de Marrakech” se puede consultar información en <http://www.pnuma.org/industria/consumo/marrakech.htm>; <http://www.unep.fr/scp/marrakech/pdf/10yfp-project-briefES.pdf> (revisados a julio de 2012).

³ El texto se lo puede consultar en http://www.impactalliance.org/ev_en.php?ID=41244_201&ID2=DO_TOPIC (revisado a julio 2012).

⁴ La evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador del año 2010 con metodología OECD – DAC se puede encontrar en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/317-incop-informe-evaluacion-del-sncp-ecuador-oecd-dac-1> (revisado a julio 2012).

Todas estas iniciativas, enfoques y acciones son tributarias de esta gran corriente que trata de repensar la contratación pública no con una visión meramente procedimental y logística, sino como una materia estratégica del quehacer estatal en la actualidad, indispensable para conseguir una mejora de la calidad de vida de las sociedades, que se beneficiarán con su mejor desempeño.

No es mucho tiempo que asistimos a la creación de funcionamientos sistémicos y sistemas electrónicos de compras, es más, muchos de sus contenidos y prácticas están en ciernes en estos días.

En esa dirección, la presente investigación busca exponer el panorama general de sus fundamentos y objetivos, tomando al Ecuador como referente del análisis. Para el estado ecuatoriano, tres son los pilares que más peso tuvieron en el diseño y construcción de su sistema: transparencia, eficiencia y apoyo a la producción nacional, incluyéndose en este aspecto la promoción a las micro, pequeñas y medianas empresas, y a los actores de la economía popular y solidaria según la reforma a su ley reguladora de octubre de 2013.

La hipótesis de fondo que demostraremos a lo largo del análisis, es que pese al gran esfuerzo realizado con la una reforma integral del sistema de contratación pública, subsisten problemas de transparencia, eficiencia y políticas públicas en la contratación estatal ecuatoriana, debido a una mala configuración de la regulación es aspectos claves, tales como el control y los regímenes especiales.

El trabajo parte de la identificación de aquellos que podrían definirse como los problemas históricos respecto al cumplimiento de esos tres pilares. Para ello, en el primer capítulo se describen los problemas que se advirtieron

en evaluaciones internacionales realizadas al anterior esquema normativo de contratación pública. También se pasará revista a los antecedentes internacionales que influenciaron la reforma normativa del 2008 y para concluir, se analizarán las finalidades propuestas con la nueva ley.

El segundo capítulo se propone analizar la nueva arquitectura de la contratación pública, basada en un sistema nacional articulador de algunas fases que involucran la planificación, el control, la ejecución y la evaluación de las contrataciones con recurso estatal. Un importante espacio ocupa el análisis crítico -a la luz de opiniones de tratadistas- de los principios y objetivos definidos en la ley. Por cuanto no existe mayor desarrollo normativo sobre estos temas, esta tesis aporta con un estudio a detalle y pormenorizado al respecto. También dentro de este segundo capítulo, se analiza y compara el modelo institucional adoptado, con el fin de identificar sus debilidades y necesidades de fortalecimiento.

El capítulo tercero se va a referir a los procedimientos, mecanismos y herramientas para llevar adelante los procedimientos precontractuales, bajo el prisma de alineación a los grandes objetivos que se pretende alcanzar con la contratación pública. Igualmente, nos referiremos a otros modelos internacionales que nos ayudarán a perfilar reformas que permitan dotar al sistema ecuatoriano de mayor transparencia y eficiencia.

Finalmente, en las conclusiones se resaltarán las virtudes y defectos del actual sistema de contratación pública y sobre todo, se enfatizará en los problemas que subsisten pese a la reforma, con la indicación de sus causas y posibles soluciones.

Capítulo I. Panorama histórico de la contratación pública ecuatoriana.

1.1. Los problemas relacionados con transparencia, eficiencia y apoyo a la producción nacional en la legislación de contratación pública anterior.

Uno de los problemas con que nos encontramos al hacer una mirada retrospectiva de la legislación ecuatoriana sobre contratación pública es la gran dispersión normativa que existía. Dos leyes que podríamos definir principales: la Ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría, a más de otras con carácter de “especiales”⁵ y un marcado número de normas secundarias, pululaban en el panorama nacional.

La Ley de Contratación Pública fue publicada en el Registro Oficial –RO- 501 de 16 de agosto de 1990⁶. A su vez, su codificación se publicó en el RO 272, 22-II-2001. Los cuatro primeros títulos estaban dedicados a detalles procedimentales relacionados con la fase precontractual de la contratación pública. A partir del título quinto se disciplinaba la contratación (capacidades, inhabilidades y nulidades; requisitos, forma y registro del contrato; prohibiciones; garantías; recepciones; reajuste de precios; contratos complementarios y obras adicionales; terminación de los contratos; y, las controversias). Finalmente, los dos últimos títulos regulaban los derechos y el

⁵ Muchas de ellas se expidieron para exonerar del régimen de contratación pública a contrataciones concretas, tales como la “Ley de exoneración de licitación del puente del río Babahoyo”, RO 509, 22-08-1994; “Ley Especial de Contratación del Congreso”, Registro Oficial Suplemento –ROS- 351, 1-07-1998; o la “Ley de exoneración de licitación del puente del río Quevedo en Mocache, RO 246, 3-08-1993.

⁶ Fue reformada por la Ley 112 (R.O. 612, 28-I-1991); Ley 157 (R.O. 969, 1-VII-1992); Ley 180 (R.O. 996, 10-VIII-1992); Ley 2 (R.O. 22-S, 9-IX-1992); y, Ley 121 (R.O. 963-S, 10-VI-1996).

registro de contratistas. Como puede comprobarse, este cuerpo legal no previó nunca objetivos, políticas ni un tratamiento sistémico que estableciera interrelaciones entre distintos actores que juegan roles en la contratación pública.

De su parte, la Ley de Consultoría, publicada en el RO No. 136 del 24 de febrero de 1989⁷, y cuya codificación fue publicada en el RO 455 de 5 de noviembre de 2004, era una norma con contenidos más conceptuales⁸.

A diferencia de la Ley de Contratación Pública, esta Ley no era una mera recopilación procedimental, pues tenía contenidos de fondo y de política, como son las definiciones y regulaciones sobre la consultoría y su ejercicio⁹, la preferencia a la consultoría nacional¹⁰, el establecimiento de una institucionalidad¹¹ y de un fondo para el fomento y desarrollo de la actividad¹².

No obstante sus previsiones normativas, la efectividad de sus resultados no dejaron saldos positivos que destacar, conforme se analizará.

1.1.1. Problemas de la legislación anterior advertidos por evaluaciones internacionales.

La preocupación por la situación de la contratación pública en el Ecuador se arrastra desde décadas atrás, y esto se refleja en evaluaciones internacionales que dan cuenta de un panorama borrascoso.

⁷ Reformada por la Ley 90 (R.O. 493-S, 3-VIII-1990) y Ley 4 (R.O. 34-S, 13-III-2000).

⁸ Los dos primeros capítulos trataban sobre la materia de la consultoría y sus actores. En el capítulo tercero se disciplinaba la Asociación de Compañías Consultoras. El capítulo cuarto guardaba normas sobre las diferentes modalidades precontractuales y el contrato de consultoría. En el capítulo quinto se normaba sobre las garantías. El capítulo sexto establecía reglas específicas para los procedimientos de selección. El capítulo séptimo trataba sobre el Comité de Consultoría, organismo encargado de establecer políticas para el desenvolvimiento, desarrollo y promoción de la consultoría nacional. Reglas sobre el registro de la consultoría se disponían en el capítulo octavo. El capítulo noveno contenía normas sobre el Fondo de Consultoría. Finalmente existían disposiciones generales.

⁹ Ver artículo 1 a 6 de la Ley de Consultoría.

¹⁰ Ver artículo 8 de la Ley de Consultoría.

¹¹ Ver artículos 31 a 33 de la Ley de Consultoría.

¹² Ver artículos 36 y 37 de la Ley de Consultoría.

La primera evaluación a la que haremos referencia es la denominada “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador”, de enero 2002, trabajo elaborado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo –CLD-, en su calidad de capítulo Ecuador de la organización Transparencia Internacional –TI-, para lo cual se siguió una metodología uniforme de aplicación previa en otros países de la región¹³. Otra evaluación internacional que sirve de base a esta parte de la investigación es la realizada en el marco de la Organización de Estados Americanos –OEA-, por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción –MESICIC- en el año 2006¹⁴. Finalmente, un tercer documento es la actualización de la Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País –ESAP- también del año 2006, realizado a instancias del Banco Mundial –BM- y del Banco Interamericano de Desarrollo –BID-¹⁵.

Cada una de estas evaluaciones siguió un patrón metodológico distinto, de allí que no es fácil establecer una comparación y llegar a una sistematización desde los mismos puntos de partida. No obstante, como se verá a continuación existen líneas comunes. También es importante advertir que los problemas señalados en las evaluaciones son de variada índole: estructurales – sistémicos, normativos, de desempeño y relacionados con prácticas.

¹³ El trabajo se encuentra publicado en http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion (revisado a julio 2012).

¹⁴ Informe final República del Ecuador No. SG/MESICIC/doc.185/06 rev. 4, 15 diciembre 2006. Décima Reunión del Comité de Expertos del 11 al 16 de diciembre de 2006. Washington, DC. (Aprobado en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2006). Informe de Segunda Ronda. Componente “Sistemas para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado” página 10 a 23.

¹⁵ Ecuador. Actualización de la Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País (ESAP). Reporte Final. Junio 2006. Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo.

A continuación se presenta una sistematización de esta problemática referida a los tres pilares identificado con anterioridad, esto es: transparencia, eficiencia y políticas de mercado o productivas, con la indicación del informe que sirve de fuente.

1.1.1.1. Problemas de transparencia.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Inexistencia de medios y sistemas de información para la contratación pública.	MESICIC ESAP

Si bien existe un portal informativo CONTRATANET¹⁶, su uso no es obligatorio fuera del ámbito de la Función Ejecutiva. A más de ello, con soporte en el informe CLD, se afirma que el sistema electrónico tiene vacíos y no puede ser utilizado como medio de control y fuente de Información. Debería empezarse por una transición que potencie el uso de medios electrónicos en contratación pública, con formularios físicos y electrónicos simultáneos. A la par, mejorar la cobertura de CONTRATANET, a través de acuerdos voluntarios.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
No existe un sistema de seguimiento y evaluación de las adquisiciones.	ESAP

¹⁶ Sobre esta plataforma se trata más adelante, en 1.2.1.

A esto contribuye la dispersión normativa y de ejecución en el Ecuador. Debería caminarse hacia una integración del sistema de adquisiciones con el de gestión financiera.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Entidades fuera del ámbito de la Ley.	ESAP

Es necesario incorporar a todas las entidades públicas dentro del ámbito de aplicación de la ley. Sin perjuicio de la uniformidad del marco regulatorio, será necesario establecer características y capacidades diversas a los entes sub nacionales y tipos de adquisiciones especiales a cargo de entidades autónomas.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas y falta de claridad en sus límites.	CLD – TI ESAP

Las normas eran permeables respecto a las amplias posibilidades para optar por contrataciones no selectivas o con menor nivel competitivo. Con esto se abandona el criterio de competencia para maximizar los beneficios sociales.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Excesivo número de excepciones.	MESICIC.

En lo que respecta a los sistemas de contratación con licitación pública y sin licitación pública, se observa que tanto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en sus artículos 2 a 6, como la Ley de Consultoría en sus artículos 12 y 14, establecen una serie de excepciones, exclusiones y procedimientos especiales, que resultan en una fragmentación del sistema de contrataciones y los procedimientos que se intentan consagrar en las normativas respectivas.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Exceso de libertad en contrataciones de emergencia vía excepciones al procedimiento general.	CLD – TI MESICIC

Se manifiesta en dos circunstancias: una mala regulación de las condiciones para que se considere una situación como emergente, pues la legislación tiene imprecisiones, vaguedades y vacíos, y un inadecuado esquema de control de las circunstancias para la declaratoria de emergencia.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas relativas a sus licitaciones.	CLD – TI

Se reclama la posibilidad de realizar procesos participativos en las definiciones sobre contrataciones de gran alcance, y en discutir las reglas de los procedimientos de selección. La realización de audiencias públicas o foros

públicos para escuchar opiniones o recomendaciones ciudadanas se consideran necesarias.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de estudios previos o deficiente calidad o sesgo cuando se realizan.	CLD – TI

Se destaca que en muchos casos existe falta de planificación en la contratación pública. También ocurría que los estudios incluían determinados elementos que podían favorecer a algunos proveedores. Tampoco existía suficiente capacidad técnica en los funcionarios públicos para evaluar los estudios, por lo que éstos podían ser insuficientes.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de las empresas.	CLD – TI

Los requisitos exigidos (experiencia general y específica, solvencia financiera) van más allá de los requeridos para garantizar la probidad y capacidad de la empresa oferente, y con ello se limita la participación.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.	CLD – TI

Se anuncia un proceso de contratación pública con un plazo muy corto para presentación de propuestas, con lo que solo participarán empresas con conocimiento previo de información reservada.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Discrecionalidad en criterios de selección de contratistas.	MESICIC ESAP

En los casos de adjudicación de contratos mediante licitación pública o concurso público, ésta se hace sobre la base de la oferta que mejor convenga a los intereses nacionales e institucionales, sin que se determine el alcance de la conveniencia, lo que puede hacer que la decisión se aparte de criterios económicos. Además, existe ausencia de criterios para la adjudicación de contratos que no están sujetos a licitación pública o concurso, que se rigen bajo leyes especiales y los que están exceptuados o excluidos de las leyes de contratación pública y consultoría. Es necesario generar criterios claros y monetariamente cuantificables para la adjudicación de los contratos a los licitantes con base en la oferta de menor precio evaluado que cumpla con los requisitos formales.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Procesos de decisión en licitaciones que asignan “puntuación” a la calidad de lo ofertado.	CLD – TI

Este factor apunta a la posibilidad de uso discrecional de puntajes y valoraciones a determinadas características técnicas de una oferta, que al final van a primar sobre la parte económica, y que pueden favorecer a uno o pocos oferentes participantes. Se propone una evaluación de requisitos técnicos sin puntaje, por el riesgo de que puedan transformarse en valoraciones subjetivas.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos, o empleo de determinados profesionales.	CLD – TI

El establecer requisitos puede tener como consecuencia el direccionamiento premeditado o no del proceso hacia ciertos oferentes, y excluir a otros competidores. La propiedad de equipos o personal de planta en general no justifican la exclusión de oferentes, pues pueden llegar a tenerlos luego de adjudicado el contrato.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas.	CLD – TI

Es obvio el riesgo de manipulación por esta causa, al tener implícita la posibilidad de que algún oferente tenga información privilegiada de antemano respecto de los cambios, y el resto no tengan tiempo suficiente para adaptar

sus propuestas. Las preguntas que pueden realizar algunos oferentes y que pueden incidir en cambios de reglas de juego, no se pueden conocer por todos.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Exceso de libertad en interpretación de decisiones.	CLD – TI

Normas vagas y contradictorias alimentan la posibilidad de que funcionarios públicos tomen decisiones altamente discrecionales.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.	CLD – TI

Existen variaciones de aspectos sustantivos de las bases de contratación o el modelo de contrato luego de la convocatoria, o éstos se introducen sin notificación a los involucrados.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de información sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.	CLD – TI

No existen mecanismos que proporcionen capacidad de seguimiento de la ejecución de los contratos a la sociedad civil y agentes de control estatal. Tampoco están totalmente abiertos al público todos los documentos

relacionados a un proceso de contratación pública. El Estado debe tener interés en crear y mantener mecanismos que permitan a los ciudadanos estar debidamente enterados de los procesos de contratación pública en todas sus fases.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los contratistas del Estado.	CLD – TI

La inexistencia de reglamentación o manuales de procedimientos para los pagos a los contratistas fomenta la posibilidad de exigir o dar coimas por parte de los contratistas para agilizar pagos pendientes.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Carencia de recursos para impugnaciones administrativas.	MESICIC

No existe en la Ley de Contratación Pública ninguna norma que establezca recursos administrativos de impugnación bien definidos para que los proponentes puedan reclamar contra el procedimiento de contratación y adjudicación en todo o en parte, lo que auxiliará en gran manera en la implementación de los principios de publicidad, equidad y eficiencia.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de garantías al derecho de contradicción.	CLD – TI

Las vías administrativas y judiciales existentes no garantizan adecuadamente el derecho a la impugnación, y además no presentan posibilidades de solución expedita.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.	CLD – TI

Muchas disputas entre oferentes o contratistas con el estado no se resuelven satisfactoriamente en la vía administrativa y terminan regularmente en procesos judiciales largos y con altas posibilidades de corrupción, debido a la debilidad institucional del sistema de justicia. No existen medios de impugnación administrativa que permitan decisiones más eficaces y eficientes. Tampoco se propicia la inclusión en los contratos públicos de cláusulas que permitan acogerse a métodos alternativos de solución de diferencias para eludir el ámbito judicial.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Inexistencia de sanciones para los oferentes, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.	CLD – TI

Dado que la corrupción en contratación pública es bilateral: funcionario público y proveedor, el que ofrece y el que acepta; es indispensable que la normativa contemple sanciones para los infractores, y que además sean de aplicación

expedita. Las garantías que se exigen para seriedad de oferta y fiel cumplimiento del contrato no son de idónea calidad.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.	CLD – TI

Es fundamental el control social y las posibilidades para que éste se dé. Los medios de comunicación juegan un rol central en el control de los actos de corrupción cuando sus acciones responden a una independencia bien informada, que no sea sujeto de influencia ni manipulación. El acceso a la información es un elemento fundamental para ejercer el control ciudadano.

1.1.1.2. Problemas de eficiencia.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Ausencia de entidad central rectora de la contratación pública.	MESICIC

Esta entidad deberá promover la formulación de información y estadísticas, desarrollar procedimientos estandarizados, promover la capacitación y profesionalización de los funcionarios públicos a cargo de estos procedimientos, desarrollar un registro de proveedores, mantener una lista de precios unitarios y planificar la contratación pública con una visión de desarrollo social.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Separar roles en la contratación pública.	ESAP

Se sugiere una instancia para formulación de políticas de adquisiciones para promoción de desarrollo institucional y económico (con autoridad regulatoria), separada de las funciones operativas y de las de control.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Lentitud en desarrollo de CONTRATANET.	ESAP

Otros países tienen implementadas soluciones de compras públicas electrónicas de avanzada, como procesos de subasta inversa y contratos marco, mientras Ecuador avanza a pasos muy lentos con una plataforma apenas informativa.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Débil planeamiento de las adquisiciones.	ESAP

La actividad de planificación no tiene suficiente relevancia dentro de la contratación pública, lo que deriva en dispendio de recursos por ausencia o escasez de productos en una entidad.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Multiplicidad de reglas imperando en el mismo mercado.	CLD – TI MESICIC

Esto quiere decir que no existe una norma única, sino muchas disposiciones normativas sobre contratación pública. Para las contrataciones distintas a los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas, cada entidad contratante debe establecer la reglamentación para llevar adelante sus contrataciones. Se considera que reglas diversas no permiten una amplia participación, con lo que se afecta a la eficiencia económica. En consecuencia, existe dispersión entre los umbrales, procedimientos y requisitos para calificación y adjudicación de contratos. Al existir regulación únicamente para los procesos de cuantías altas, se requiere conocer cuáles son los requisitos que se deben cumplir y los procedimientos que se deben seguir dependiendo de cada entidad contratante.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Baja capacidad institucional en las entidades contratantes.	ESAP

Se debe construir capacidad y fortalecer el recurso humano especializado de las entidades para fortalecer su nivel de gestión. Se sugiere establecer programas de profesionalización de la función de adquisiciones.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Enfoque de adquisiciones orientado hacia el control y no hacia el resultado y el impacto.	ESAP

Se deben implementar indicadores de desempeño para seguimiento de los procesos y verificación del valor obtenido en cada inversión; avanzar hacia el control posterior para evaluar calidad del desempeño e impacto; fortalecer control interno en las entidades compradoras. Además, se identifica un gran número de pasos aprobatorios y de control para las fases previa y precontractual, lo que hace lenta la tramitación.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.	CLD – TI

Los procesos de contratación de cuantías altas (más de 0,00002 del presupuesto general del Estado) teóricamente deberían publicarse ampliamente para garantizar el máximo posible de participación. La falta de existencia de un medio oficial de publicación de anuncios o convocatorias a concursos implica que se hagan en medios impresos de comunicación de diversa circulación, lo que no garantiza que todos los posibles oferentes capacitados tengan conocimiento de las convocatorias.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Ausencia de un registro único de contratistas.	MESICIC

Se requiere modificar la normativa para crear un registro de contratistas de obras, bienes o servicios centralizado, que sea obligatorio para todos los organismos y dependencias del Estado, a los fines de fomentar los principios de publicidad, equidad y eficiencia previstos en la Convención.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Exigencia de garantías no razonables.	CLD – TI

Es una forma de restringir la participación de competidores, sobre todo cuando se las exige antes de la adjudicación del contrato.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
No hay estrategia para reducción de costos.	ESAP

Se debe evaluar gastos por categoría, por agencia gubernamental y por grupos de renglones adquiridos, para adoptar esquemas de adquisición alternativos que permitan reducir costos e incrementar competencia. Consolidar demanda y generar economías de escala es ideal para reducir costos.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.	CLD – TI ESAP

No existen bancos de datos, constantemente actualizados y de acceso público, sobre la calidad y los costos de los servicios y productos adquiridos.

Igualmente estas bases de datos deberían estar interconectadas para permitir comparaciones entre precio y calidad en contrataciones realizadas por diferentes órganos. Las estadísticas de las licitaciones son esenciales para el control financiero y de calidad y para la vigilancia ciudadana.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
No existen documentos estándar de licitación.	ESAP

Existen documentos modelo emitidos por la Contraloría General del Estado pero su uso no es obligatorio. Se debe incorporar bases para preparación y evaluación de ofertas, modelos de contratos, documentos guías para procesos de selección, formatos para presentación de propuestas y garantías, etc. El uso de estándares hace superfluo el control ex ante.

1.1.1.3. Problemas sobre políticas de producción nacional.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Carencia de objetivos de política de gobierno.	ESAP

Existe consenso e iniciativas sobre reformas para contar con un sistema global de adquisiciones moderno, pero no se cuenta con una visión de largo plazo y un marco conceptual coherente que definan objetivos de política de desarrollo social y económico.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Barreras a los licitantes extranjeros.	ESAP

Este requisito dificulta la transparencia, la competencia y la adecuación de la norma a los tratados comerciales que pretende negociar y suscribir el Ecuador.

1.1.2. Problemas de la legislación anterior previstos en las motivaciones de la nueva ley.

Apreciados los problemas que las evaluaciones internacionales identificaron en la contratación pública antes de la Ley, es necesario también señalar que la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁷ - LOSNCP- en sus consideraciones y parte motiva, también reseña cuáles son los problemas de la normativa anterior que se intentan superar con esta nueva legislación. Por ello es tan importante analizarlos.

PRIMERA CONSIDERACIÓN: Que, es necesario crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.

Bajo el anterior esquema normativo, cada organismo público contratante era un universo en sí mismo, con posibilidad de dictar disposiciones normativas

¹⁷ ROS 395, 4/08/2008.

particulares para procesos cuyas cuantías eran inferiores a los rangos de la licitación pública y el concurso público, y con total potestad para regular y establecer listados o registros propios de proveedores. Por supuesto, también tenía total autonomía respecto al establecimiento de las reglas y criterios para la selección de los contratistas. Los organismos de control, de su lado, tampoco interactuaban de manera coordinada en la operación del esquema contractual, salvo en los contratos de cuantías altas, en los que, obligatoriamente, debían informar de manera previa a su suscripción.

El panorama descrito es propicio para generar situaciones indeseables, como las siguientes: alta dispersión normativa, pues existían tantas normativas para reglamentar procesos cuantas entidades públicas contratando bienes, servicios y obras; multiplicidad de registros de proveedores que ocasionaban sobre costos sociales por duplicidad de trámites y requisitos; alta posibilidad de creación de monopolios u oligopolios de proveedores y contratistas por la escasa participación en el mercado público; discrecionalidad absoluta en la forma de contratar y proliferación de malas prácticas; dificultades para establecer un control de procesos de contratación por resultados antes que por cumplimiento de procedimientos; y, falta de integración entre las fases de planificación, presupuestos y ejecución contractual.

SEGUNDA CONSIDERACIÓN: Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.

Este párrafo introduce dos conceptos fundamentales: planificación y políticas. En el primer caso, la ausencia de planificación equivale a

improvisación y desorden. Se acerca también a la idea de carencias generadas por la imprevisión, que conllevan a compras de urgencia. También se podría traducir en contrataciones inoportunas o innecesarias.

En cuanto a las políticas públicas, existe una clara diferencia entre la Ley de Contratación Pública y la LOSNCP, aquella más preocupada de los procedimientos, ésta con contenidos más trascendentales, conforme se verá en el avance de esta investigación. Cuando una ley se preocupa más de los procedimientos, los funcionarios llamados a acatarla perciben que el objetivo principal de su actividad es cumplir los aspectos formales y rituales, más que alcanzar transparencia y eficiencia, postulados de la buena contratación pública.

TERCERA CONSIDERACIÓN: Que, es indispensable innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

La introducción de la tecnología informática en los procedimientos de contratación pública es un aspecto que no estaba previsto en la normativa anterior. La tecnología informática permite agilizar los procesos, uniformizarlos, hacer más eficientes los tiempos de los procedimientos precontractuales, y por supuesto, contribuye a la tan ansiada transparencia y publicidad de la información. Si la información es pública, evidentemente se facilitan los controles tanto institucionales como de parte de la ciudadanía.

Los procedimientos largamente regulados en la antigua Ley de Contratación Pública, estaban totalmente divorciados del empleo de herramientas tecnológicas, lejos de los conceptos de eficiencia y publicidad.

CUARTA CONSIDERACIÓN: Que, los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas.

Este es precisamente uno de los objetivos estratégicos ausentes en la legislación anterior. Como ya se apuntó, su corte meramente orientado a procedimientos descuidó por completo su capacidad de generar dinamismo en la economía y su gran potencial de imprimir transformaciones en el aparato productivo y comercial del país. Además, se hace mención a un elemento importante ligado al desarrollo tecnológico: la generación de ofertas competitivas. En otras palabras, con la nueva legislación se apunta a mejorar la calidad y eficiencia de la oferta nacional para que pueda competir con productos y servicios de origen extranjero.

QUINTA CONSIDERACIÓN: Que, a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza.

Esta es otra arista que nos muestra las posibilidades de implementar políticas a través de la contratación pública y que estuvo ausente en la norma

anterior. Si bien es cierto que en el contexto internacional se pueden encontrar algunos casos en que se da preferencia a los productos y servicios de origen nacional sobre los de origen extranjero, no es una práctica aceptada universalmente. De una parte, diferentes tratados internacionales de comercio han hecho prevalecer el principio de trato nacional, según el cual los proveedores y contratistas de otras nacionalidades, o más bien, los bienes y servicios de otros orígenes, deben tener igual tratamiento que los originarios del país donde se lleva adelante el procedimiento de contratación. Ese postulado alienta el concepto de que la mejor forma de impulsar el desarrollo de industria, comercio y tecnología nacional, es posibilitando la competencia, y no otorgando privilegios que se tornan en discriminatorios. De allí que este tema sea uno de los más polémicos cuando se habla de la canalización de políticas a través de la contratación pública¹⁸.

SEXTA CONSIDERACIÓN: Que, es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las Entidades Contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda.

Esta consideración indica que la tecnología informática facilita la labor de oferta y demanda necesaria para que el mercado público sea más eficiente. En efecto, la generación de un registro único a nivel nacional de los proveedores, que incluya características como identificar su oferta, conocer su experiencia, evaluar su gestión histórica en otros contratos con la administración pública, es un aporte muy importante para realizar una contratación cualificada, aspectos

¹⁸ Este debate será expuesto ampliamente en 2.2.1.10 y 2.2.2.4.

lamentablemente alejados de los contenidos de la derogada Ley de Contratación Pública.

De otra parte, poner a disposición de la ciudadanía todos los requerimientos públicos de bienes, servicios y obras, facilita que las ofertas se canalicen de manera cierta y segura. Anteriormente, la posibilidad de participación en un concurso para proveer al estado, dependía de si el proveedor era invitado, o de si pudo enterarse de su inicio, por medio de publicaciones en medios de prensa escrita. Ello contribuía a la generación de círculos cerrados de participantes, y también a que no existiera una selección entre todas las posibles ofertas disponibles en el medio nacional.

La Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁹ –LORLOSNC- es escueta en sustentar las motivaciones (consideraciones) por la que se dictó, pero señala lo siguiente:

Que, es necesario introducir reformas a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para profundizar la transparencia en los procesos de contratación, incluir a los actores de la economía popular y solidaria y generar beneficios al conjunto de la sociedad;

Esta consideración reitera en el concepto de transparencia, que ya se lo había tratado, y menciona dos aspectos importantes: incluir entre los beneficiarios de las preferencias de la ley a los actores de la economía popular y solidaria, que no habían sido considerados específicamente en la normativa de la LOSNCP y la generación de beneficios sociales. Lamentablemente este enunciado peca de extenso e indefinido, pues a lo largo de la ley reformativa

¹⁹ Segundo Suplemento, RO No. 100, 14 de octubre de 2013.

no se concreta en algo tangible. No obstante, es evidente que la sanidad de un sistema va a generar beneficios a toda la sociedad, en términos de transparencia, eficiencia y oportunidades.

1.2. Antecedentes para la reforma de la contratación pública ecuatoriana.

1.2.1. Antecedentes normativos internos.

Para corregir los problemas identificados con anterioridad, previa a la LOSNCP surgieron en el país algunas iniciativas, muy endeble por cierto, sobre todo enfocadas a la articulación de un sistema oficial de contrataciones del estado, y al empleo de canales y vehículos tecnológicos para publicitar los contratos estatales y acercar a proveedores con compradores públicos.

El apartado i) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Suplemento del R.O. No. 337 de 18 de mayo del 2004, dispone que todas las instituciones del Estado que conforman el Sector Público y las demás establecidas en el artículo 1 de la propia ley²⁰, difundirán a través de un portal de información o página Web, información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles,

²⁰ “[...] Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones.

Sin embargo, esta norma no considera la necesidad de un solo portal oficial de contrataciones públicas, sino que exige la publicación a través de las distintas páginas institucionales. La idea que prima es la de publicitar información, más que llevar adelante procedimientos pre contractuales en forma electrónica.

Mediante Decreto Ejecutivo 122 publicado en el R.O. No. 25 de 19 de febrero del 2003, el gobierno calificó al Proyecto de Información de Contrataciones Públicas CONTRATANET, desarrollado y administrado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, como el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador. No obstante, su alcance fue limitado, pues el propio Decreto establece que la publicación de convocatorias a través de esta página electrónica sería opcional y voluntaria.

Por medio del Decreto Ejecutivo No. 1565, publicado en el R.O. No. 302 de 29 de junio del 2006, se dispuso que todos los organismos y dependencias definidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva²¹, están obligados a publicar en el Sistema Oficial de

²¹ “Art. 2.- Ámbito.- Este Estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; y,
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

La organización, funcionamiento y procedimientos de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.

Información de Contratación Pública del Ecuador, CONTRATANET, los procedimientos precontractuales relativos a la adquisición de bienes y servicios, y construcción de obras, cuyos respectivos presupuestos referenciales superen una cifra cuyo valor resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto General del Estado del correspondiente ejercicio económico. También se dispuso que los demás procedimientos, cuyos respectivos presupuestos referenciales estén por debajo del monto establecido en la Ley de Contratación Pública para el concurso público de ofertas, deberán ser convocados públicamente en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, CONTRATANET.

Como puede comprobarse, el Decreto no impuso dichas obligaciones a todo el Estado, sino únicamente las instituciones que conforman la administración pública central y la administración pública institucional de la Función Ejecutiva. Adicionalmente, toda la normativa que creó y reguló CONTRATANET se refiere a un portal electrónico, cuya función se restringe a publicar información. La diferencia con el Portal COMPRASPUBLICAS es que éste es más que un elemento informativo: es transaccional, es decir, los procedimientos se deben realizar por herramientas electrónicas, de manera preferente²². Por ello, el Art. 21 de la LOSNCP habla de “procedimiento electrónico”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 145, publicado en el R.O. No. 37 del 9 de marzo del 2007, se dispuso que corresponderá al Ministerio de Industrias y Competitividad “promover las compras públicas como un medio para reactivar y

En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomos cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente Estatuto.”

²² En la práctica subsisten procesos que se realizan manualmente y con expedientes físicos.

dinamizar la producción nacional, aplicando metodologías de desagregación tecnológica y administrando un Sistema Nacional de Compras Públicas transparente y efectivo”.

En seguimiento de lo anterior, el Decreto Ejecutivo 258, publicado en el R.O. 66 de 18 de abril de 2007, creó el Sistema Nacional de Compras Públicas, con objetivos de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en las compras públicas; convertir las compras públicas en un elemento dinamizador de la producción nacional; promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, como proveedoras del sector público; agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna; impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional; modernizar los procesos de compras públicas para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado. También este Decreto hablaba de un Registro Único de Proveedores y de un Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador. Este es un antecedente directo, puesto que los objetivos señalados fueron fielmente recogidos en la posterior LOSNCP.

Finalmente, mediante Decreto Ejecutivo 744, publicado en el R.O. 221 de 28 de noviembre de 2007, se encarga al Ministerio de Industrias y Competitividad la administración y desarrollo del portal del Sistema Oficial de Información de Contratación Pública y de Consultoría del Ecuador²³, siendo ésta la base tecnológica sobre la que se articuló el Portal vigente a partir de la LOSNCP. También este decreto marcó el fin de los días de CONTRATANET.

²³ Su denominación fue www.COMPRASPUBLICAS.gov.ec.

Tanto los Decretos 258 y 744 como los números 122 y 1565 antes comentados, convivieron con la Ley de Contratación Pública, que por obvias razones primó sobre ellos y limitó sus posibilidades de imponer disposiciones orientadas a la contratación electrónica. En todo caso, se resalta su importancia como antecedentes normativos históricos.

Para visualizar los resultados logrados con estas iniciativas, hay que señalar que en el informe MESICIC de segunda ronda, se reproducen los resultados que tuvo el sistema CONTRATANET, de la siguiente manera:

Período		
Junio 2003 – diciembre 2005		
Tipo de proceso	Número de procesos	Montos (US \$)
Licitación	260	757.000.000
Concurso Público	546	75.000.000
Otros regulados por normativas internas	2.510	1.269.000.000
TOTALES	3.316	2.101.000.000

Tabla 1. Resultados CONTRATANET.
Fuente: MESICIC.
Elaboración: propia.

Estos resultados acumulados en más de dos años (período junio 2003 a diciembre 2005) dan cuenta de un uso limitado del mecanismo, tomando en cuenta que solamente el año 2011 el actual portal www.compraspublicas.gob.ec reporta un número total de procesos de 152.225 (frente a los 3.316 de CONTRATANET en más de dos años) con un monto total

adjudicado de US \$ 9.857.369.693,80 (comparado con US \$ 2.101.000.000 en más de dos años reportados por CONTRATANET).²⁴.

1.2.2. Antecedentes normativos internacionales.

En este acápite, se estudiarán las normas internacionales que constituyeron precedentes directos para la expedición de la LOSNCP.

1.2.2.1. Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Esta Convención²⁵, suscrita en el marco de la Organización de Estados Americanos –OEA-, tiene como objetivo promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas²⁶.

En materia de contratación pública, los Estados Partes convienen en aplicar medidas relacionadas con creación de sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.²⁷

Más allá del enunciado de grandes objetivos, esta Convención no tiene mayor detalle en su normativa relacionado con contratación pública; no

²⁴ <http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/reporte-anual-2011a.pdf> (revisado a agosto 2012)

²⁵ Otorgada el 29 de marzo de 1996, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 153, 25 de noviembre de 2005, ratificada mediante Decreto Ejecutivo 336, Registro Oficial 125 de 21 de julio de 2000. Su texto se lo puede encontrar en la página <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> (revisado a agosto 2012).

²⁶ Art. II de la Convención.

²⁷ Art. III numeral 5 de la Convención.

obstante, su mecanismo de seguimiento MESICIC está desarrollando una importante labor en cuanto a análisis y evaluaciones de los países sobre el cumplimiento de sus prescripciones.

1.2.2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Esta Convención²⁸ trata extensamente algunos tópicos para prevenir o combatir la corrupción. Dado el alto grado de incidencia de la corrupción en materia de contratación pública, en su Art. 9 establece las siguientes prescripciones:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:
 - a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
 - b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

²⁸ Otorgada el 28 de noviembre de 2005; Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 166, 15 de diciembre de 2005; ratificada mediante Decreto Ejecutivo 340; Registro Oficial 76 de 5 de agosto de 2005. Su texto se lo puede encontrar en la siguiente página: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf (revisado a agosto de 2012).

- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; y,
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Dado el talante de la Convención, es evidente que el foco de preocupación de sus disposiciones es la adopción de medidas anticorrupción. No obstante, resulta interesante la introducción del concepto de sistema entre sus enunciados, lo que coincide con las modernas visiones respecto a cómo enfrentar los problemas de transparencia y eficiencia en la contratación pública²⁹.

Dos principios: publicidad y oportunidad, se mencionan como sustanciales para alcanzar transparencia en la contratación pública. Antes de la gran reforma del 2008, no existía una adecuada publicidad por no contarse con un medio único y oficial de registro de actores y de difusión de información, y por tanto quedaba a expensas de invitaciones o convocatorias en medios

²⁹ Respecto de la articulación del sistema de contratación pública se tratará más adelante, en el párrafo 2.1.

tradicionales (fundamentalmente publicaciones en periódicos) que en la práctica llegaban de forma limitada a los participantes potenciales.

Una aspiración plasmada en las disposiciones antes citadas es la objetividad de las decisiones que se adopten por parte de los diseñadores de reglas de juego y evaluadores de propuestas. No es fácil abandonar zonas de discrecionalidad, pero ciertamente la ausencia de reglas y directrices que emanaran de un órgano único era la tónica de la contratación pública ecuatoriana antes del 2008.

Una garantía fundamental de los sistemas transparentes es la de la impugnación de decisiones que afecten los intereses legítimos de los participantes en los procedimientos de contratación. No obstante, hoy, como antes, el sistema no cuenta con mecanismos de reclamos o protestas ágiles y efectivas, siendo éste uno de los puntos débiles de la reforma.

Finalmente, otro de los aspectos trascendentes que se señalan es el de la formación y profesionalización del comprador público como un puntal para la adecuada gestión y consecución de resultados. Se puede trabajar en el sistema más perfecto, con la normativa más completa y de avanzada, pero si las prácticas siguen siendo arbitrarias o cargadas de inoperancia e improvisación, no se conseguirán los resultados de transparencia y eficiencia.

1.2.2.3. Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción.

Mediante Decisión 668 de 13 de junio de 2007, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó el Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción³⁰, cuyo objetivo general es el siguiente:

³⁰ Su texto se lo puede encontrar en www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC668s.doc (revisado a agosto de 2012). Según el Art. 17 del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de

Promover el establecimiento de políticas, estrategias, metas y mecanismos para aumentar la eficacia y eficiencia en la lucha contra la corrupción que realizan los Países Miembros de la Comunidad Andina, a través de acciones de cooperación, en el marco de las legislaciones nacionales y de las convenciones internacionales sobre la materia, con el fin de compatibilizar la normativa de los Países Miembros, en aquellos casos que su ordenamiento jurídico interno lo permita, y adoptar estrategias comunes para coadyuvar a la erradicación de prácticas y delitos de corrupción en el ámbito comunitario, mediante la prevención, investigación, sanción de éstos y, cuando proceda, la recuperación de activos³¹.

Este Plan prevé que los países andinos deberán formular programas de acción anuales, para lo cual se definen algunas líneas de trabajo. Una de ellas es la de contratación pública, con el siguiente tenor:

10. CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Impulsar la realización de estudios sobre las legislaciones y procedimientos nacionales de contratación pública, con base en los documentos generados dentro del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción que lo estableció como tema de interés colectivo en su 1ª Ronda de Análisis.
2. Promover la aplicación de esquemas de competencia transparentes en todos los ámbitos de contratación pública, sin excepciones de montos, instituciones o situaciones de emergencia y otros mecanismos para democratizar la

Cartagena), las Decisiones forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y por tanto, son vinculantes para los países.

³¹ Anexo I, Acápito I. Objetivo General, del Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción.

participación de empresas y particulares en los procesos de contratación pública.

3. Impulsar la elaboración y aplicación de sistemas nacionales de precios de referencia o precios testigos, así como la armonización nacional de estructuras de costos y bases de contratación a partir de los cuales las instituciones públicas sustentan sus procesos de contratación y ejecución de obras públicas.

4. Promover el fortalecimiento de la aplicación de sistemas públicos de difusión de procesos de contratación, sus ejecutores y antecedentes de cumplimiento, a través de medios de información tales como: informáticos, impresos, murales, en el ámbito de todas las instituciones estatales.

5. Impulsar la especial supervisión de contratos públicos en áreas de gran impacto, dentro de un esquema de focalización de acciones de control y verificación de los resultados logrados.

6. Promover mecanismos de participación ciudadana para garantizar la transparencia en los procesos de selección y a la vez la correcta y adecuada destinación e inversión de los recursos públicos.

Como se puede apreciar, existe también preocupación en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones –CAN- respecto a temas de contratación con el Estado. Este Plan propone la realización de estudios respecto al mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el denominado MESICIC, ya anteriormente referido.

Llama la atención que, con un excesivo celo por promover la competencia como mecanismo de transparencia, se diga que ésta debe estar presente aún en situaciones de emergencia, con lo que no concordamos del todo, pues frente a una situación que implique catástrofe, conmoción interna o externa, alteración del orden público, todo con características de

imprevisibilidad, se debe actuar de inmediato, lo que resulta incompatible con la realización de procedimientos. Así mismo, la competencia abierta sin miramientos de montos de contratación tampoco es recomendable en ciertos casos en que, por cuantías relativamente bajas, no se hace necesario hacer licitaciones que impliquen calificar significativo número de ofertas, con el consecuente atentado a la eficacia del procedimiento de selección.

Los precios de referencia o precios testigos implicarían elaborar estudios de mercado para identificar, por cada bien, obra o servicio, cuál podría ser la correlación adecuada precio - calidad - funcionalidad - disponibilidad para considerarse una buena adquisición o contratación en general³². Esta recomendación debería implementarse tanto a la hora de elaborar un pliego precontractual, como en el momento de evaluar las ofertas y adjudicar un contrato.

Una debilidad en las disposiciones analizadas se manifiesta cuando se hace referencia a sistemas públicos de difusión, pues se mezclan medios informáticos con otros tan anticuados y superados como los murales institucionales. Resulta poco apropiado que se recomiende el uso de medios tan limitados, pues ni siquiera los medios de comunicación escritos –léase

³² La página de prensa de la Presidencia del Gobierno Argentino <http://www.prensa.argentina.ar/2010/09/08/11655-nuevo-sistema-de-precios-testigo-para-contrataciones-del-estado.php> (revisada a agosto de 2012), da cuenta de la elaboración de un nuevo sistema de precios testigo para el mercado, al que se lo califica de la siguiente manera: “El Precio Testigo es una herramienta para la evaluación de las ofertas de una contratación, puntual y determinada, compuesto por un valor medio de mercado generado desde la perspectiva de un oferente desinteresado, en las condiciones propias y específicas de la contratación analizada. Este nuevo sistema resulta imprescindible para lograr una mayor eficiencia, eficacia y transparencia en la gestión de compras y contrataciones estatales.” También se pueden encontrar los documentos “Los precios testigos en la gestión pública desde la óptica de la economía y la eficiencia. Hacia un sistema de costos” y “Los precios testigos en la gestión pública. Cuestiones involucradas” en la página http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/index.php?option=com_content&view=article&id=260%3Axx-congreso-nacional-de-tribunales-de-cuentas-de-la-republica-argentina&catid=36%3AAsptcra&Itemid=1 (revisado a agosto de 2012).

prensa- garantizan tanta difusión como lo hacen los medios electrónicos, que son la tendencia en la actualidad.

El enfoque de supervisión de resultados es interesante y muy bien orientado. Tradicionalmente, en el caso ecuatoriano, las auditorías y controles se habían centrado en el procedimiento y en las formas, descuidando aspectos finalistas como evaluar si la contratación cumplió con los objetivos propuestos. Se entiende que cada bien o servicio que el estado adquiere debe satisfacer una necesidad concreta. Los análisis de eficacia deben enfocarse entonces a determinar si esa necesidad fue cubierta, en qué medida y a qué costo, solo así se garantizaría el buen uso de los recursos públicos.

Finalmente, la participación e involucramiento de la ciudadanía en estas materias al que hace referencia la disposición en palabra es un elemento que debe considerarse muy relevante en tanto que los mejores fiscales y contralores de los recursos que se generan con sus impuestos son los propios ciudadanos. El esquema normativo anterior al 2008 nada decía al respecto, mientras que la vigente ley da espacio a esta posibilidad de participación social.

1.3. Principales finalidades a conseguirse con el cambio de esquema de contratación pública.

Más allá de las concretas prescripciones normativas contenidas en la LOSNCP respecto a los objetivos del nuevo sistema que se ha creado, en esta sección vamos a exponer algunos de los propósitos fundamentales que alentaron la reforma.

1.3.1. Reducción de costos imputables a la contratación pública.

Para saber a qué nos vamos a referir específicamente a continuación, hay que diferenciar entre costos y precios. En efecto, uno de los cometidos de la eficiencia en contratación pública es obtener mejores precios por los bienes y servicios, sin descuidar el principio costo beneficio o “valor del dinero” que será expuesto posteriormente.

Empero, en esta ocasión vamos a tratar sobre reducción de costos, un concepto que, más allá del precio, atañe al valor económico de organizar un procedimiento y llevarlo a una exitosa conclusión, tanto para la entidad pública contratante como para el proveedor que decide participar.

Las más relevantes medidas que se adoptaron en la nueva LOSNCP para conseguir estos efectos fueron las siguientes:

En primer lugar, la eliminación del cobro de derechos de participación para los procesos de contratación. Independientemente del monto contractual, la nueva ley prohíbe el cobro de derechos o cualquier valor por efectos de adquisición de bases o pliegos de cualquier procedimiento³³. Esta práctica, muy presente en la legislación anterior, pudo en algún momento dado convertirse en una traba de acceso para quienes pudieron interesarse en una contratación determinada, al enfrentarse a un pago solamente para conocer sobre las condiciones de participación.

En segundo lugar, la eliminación de la garantía de seriedad de oferta. Actualmente, en la normativa de contratación pública no se ha previsto la

³³ El Art. 31 inciso cuarto de la LOSNCP señala a la letra: “En ningún proceso de contratación, sea cual sea su monto o modalidad, se cobrará valor alguno por derecho de inscripción. Exclusivamente el oferente adjudicado, una vez recibida la notificación de adjudicación, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos, de ser el caso”.

exigencia de una garantía de seriedad de oferta³⁴ que debía acompañarse en la legislación anterior junto con la propuesta. Esta garantía tenía como finalidad asegurar que los oferentes no presentaran propuestas aventuradas, sino que mantuvieran la formalidad de participar de manera comprometida. En efecto, una adjudicación que no concluye en un contrato implica costos institucionales por haber llevado adelante un procedimiento fallido. La actual normativa prevé una medida para mitigar el riesgo de participantes que, frente a la firma del contrato y luego de haber sido adjudicados, eventualmente pudieran renunciar a la suscripción de manera irresponsable: la declaratoria de adjudicatario fallido que implica una suspensión de tres años como contratista del estado³⁵. De esta manera se han reducido costos, pues todo lo que implica a la economía de los procesos obtener esa garantía resultaba en un aumento de la onerosidad y en una limitación de acceso.

Una tercera medida que se adoptó fue suprimir la exigencia de garantía de fiel cumplimiento del contrato para determinados casos. Actualmente, la LOSNCP exige la rendición de una garantía de fiel cumplimiento del contrato equivalente al cinco por ciento de su monto, siempre que no medien dos circunstancias: (i) compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago; y, (ii) en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.³⁶ Esto sin duda ha contribuido a un abaratamiento de los costos de los procesos de contratación pública.

³⁴ Esta garantía se la exigía en la derogada Ley de Contratación Pública en el Art. 67.

³⁵ Ver Art. 19 numeral 1 LOSNCP.

³⁶ Ver Art. 74 LOSNPC reformado por la LORLOSNC.

En cuarto lugar, se ha suprimido el pago de derechos o contribuciones de cualquier tipo en favor de terceras instituciones como la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, la Secretaría del Comité Técnico de Consultoría, a más de otros pagos para entidades gremiales como el Colegio de Ingenieros Civiles del Ecuador, la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador, el Colegio de Arquitectos, etc³⁷. Esto significaba un cúmulo de gastos que los proveedores y contratistas debían sumar en el valor de su oferta, que finalmente eran pagados por el propio estado en el precio final de bienes, servicios y obras.

Una quinta medida fue la reducción de derechos notariales. En efecto, anteriormente se preveía el otorgamiento de escritura pública para los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la ley lo requieran así como para aquellos cuya cuantía fuera igual o superior a la base prevista para el concurso público de ofertas. En los demás casos se dejaba a discreción de la entidad contratante exigir o no escritura pública³⁸. En la actualidad, únicamente se deben protocolizar (que no elevar a escritura pública) los contratos cuya cuantía superen la base prevista para la licitación, y en los demás casos, basta un documento privado, e inclusive, una simple factura³⁹.

En sexto lugar, se eliminó la garantía de ejecución de obra y buena calidad de los materiales que se exigía en la legislación anterior, que equivalía al 5% del valor del contrato⁴⁰. Actualmente, se exige una sola garantía: la de fiel cumplimiento del contrato, que cubre todo riesgo y obligación del contratista.

³⁷ Ver el Art. 110 de la anterior Ley de Contratación Pública, Arts. 34, 37 y 42 de la Ley de Consultoría y Disposiciones Derogatorias de la LOSNCP.

³⁸ Ver Art. 61 de la Ley de Contratación Pública.

³⁹ Ver Art. 69 LOSNCP.

⁴⁰ Ver Art. 71 Ley de Contratación Pública.

Como séptima medida para reducir costos podemos mencionar a la eliminación de pagos por registros de proveedores. Actualmente se tiene un único registro de proveedores con alcance nacional y para toda entidad contratante. Si bien es cierto la LOSNCP prevé la posibilidad que el anteriormente denominado Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP-, hoy Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP- cobre derechos de inscripción⁴¹, hasta la fecha no se ha adoptado ese mecanismo de financiamiento. No obstante, la unificación del registro ha contribuido a suprimir múltiples cobros de derechos o tasas de registro, tomando en cuenta que en el anterior régimen jurídico cada entidad contratante podía decidir o no la onerosidad de sus listados particulares de proveedores.

Finalmente, una octava medida fue la supresión de garantía para presentar reclamaciones. La anterior Ley de Contratación Pública exigía a los oferentes que tuvieran algún reclamo administrativo que proponer en la etapa precontractual, la rendición de una garantía equivalente al 7% del valor de su oferta⁴². Actualmente no se prevé dicha garantía que si bien reduce la onerosidad del funcionamiento del sistema en su conjunto, no ha mejorado la eficacia del mecanismo de impugnaciones, como se analizará en su oportunidad.

1.3.2. Centralidad normativa.

Si se piensa en el anterior esquema legal de contratación pública, cada entidad contratante tenía potestad para dictar una reglamentación particular

⁴¹ Ver Art. 13 LOSNCP.

⁴² Ver Art. 72 LOSNCP.

con procedimientos aplicables a su institución. A la vez, no existía un organismo que tuviera capacidad de emitir directrices, instructivos o normas técnicas para guiar las operaciones de contratación pública. La centralidad normativa, es decir, aquella facultad atribuida a una sola institución rectora para que dicte normativa complementaria, busca mejorar la seguridad jurídica, la predictibilidad y la uniformidad de reglas del mercado.

1.3.3. Democratización de la contratación pública.

Una de las preocupaciones fundamentales de la nueva ley es posibilitar un mayor acceso al mercado de la contratación pública, a través de varios mecanismos. Uno de ellos es la reducción de costes operativos a cargo del proveedor y contratista, conforme a lo indicado en el numeral 1.3.1. También el registro único de proveedores es un mecanismo que busca facilitar la interrelación estado contratante – proveedor privado a través de un canal único y de fácil acceso. Además de éstos existen otros mecanismos adicionales que persiguen ampliar la participación de proveedores y, sobre todo, de aquellos que anteriormente no tenían acceso fácil a la compra pública. Entre ellos se pueden enunciar las ferias inclusivas que pretenden acercar a los productores, especialmente micro y pequeños así como actores de la economía popular y solidaria, con los contratantes⁴³. También se ha previsto adjudicaciones que privilegian a proveedores micro y pequeños, así como a los actores de la economía popular y solidaria, dentro de circunscripciones locales⁴⁴. Los

⁴³ Para conocer sobre ferias inclusivas ver 2.2.2.5.b) y 3.3.4.3.f).

⁴⁴ Sobre los procedimientos de cotización y menor cuantía de obras se encontrará su análisis detallado en 2.2.2.5.c); 3.3.4.3. c); y, 3.3.4.3. d).

resultados que se apreciarán más adelante dan cuenta de los efectos positivos en este gran cometido legislativo.

1.3.4. Mayor transparencia.

La transparencia es una finalidad muy importante dentro de la estructuración de la ley, y se lo pretende alcanzar fundamentalmente con dos mecanismos: (i) planificación obligatoria de las contrataciones, para lo cual las entidades deben elaborar al inicio del año un plan de adquisiciones que debe ser publicitado en los medios institucionales y en el portal www.compraspublicas.gob.ec. De esta manera, las entidades dan a conocer lo que planean contratar y se elimina el secretismo que penosamente existía; (ii) uso de mecanismos electrónicos no solamente para efectos de publicidad, sino para la transacción en línea de todo el proceso. Si cada paso procedimental dentro de la contratación pública se puede desarrollar electrónicamente, entonces las actuaciones públicas y privadas podrán tener un mejor control, por la visibilidad de los actos, y un desempeño eficiente, pues se caminaría hacia la reducción de costos de transacción con el empleo de la tecnología, que reduce tiempos y elimina barreras de distancia.

Capítulo II. El Sistema Nacional de Contratación Pública.- Problemática Jurídica.

2.1. *La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la creación del Sistema.- Sus componentes.*

Una de las alternativas sugeridas por los estudios y análisis descritos en el capítulo anterior para la mejora integral de la contratación pública del país apuntaba a su consideración desde una perspectiva estratégica y no solamente como un trámite formal con fines logísticos. Esa idea derivó en la creación del sistema nacional de contratación pública –SNCP-, cuyas partes, principios y objetivos serán materia de análisis de este capítulo.

Se entiende por sistema al conjunto de elementos relacionados íntimamente entre sí para alcanzar un objetivo. También se considera un objeto compuesto donde, alguno o algunos de sus componentes se relacionan con al menos algún otro componente. En definitiva, un sistema es un conjunto que incorpora y conjuga conceptos tales como orden, partes, relaciones, construcción arquitectónica, coherencia, articulación, lógica, dinamismo, adaptación, funcionamiento coordinado, finalidades. También en el ámbito jurídico el concepto de sistema es pasible de aplicación, según lo explica Dromi: “Esto es aplicable también al *conocimiento del Derecho*, en tanto objeto propio de la ciencia jurídica, comprensivo tanto de la *teoría* como de la *praxis*. La función del sistema es, en este caso, identificar, *categorizar y ordenar los*

elementos axiológicos, ontológicos, gnoseológicos y hermenéuticos del Derecho”.⁴⁵

Y más adelante concluye:

En síntesis, un sistema es una forma de *totalidad* sin ser estrictamente un todo, o de *organización*, sin ser necesariamente un organismo. Se comprende entonces que la ciencia del Derecho, en tanto se organiza como sistema, presente características y elementos propios, sobre la base de fundamentos que justifiquen las relaciones de semejanza y diferencia entre sus contenidos, en una unidad dinámica. (R. Dromi, 2003: 22).

Bajo esas premisas, la LOSNCP, en su artículo 7, define al Sistema Nacional de Contratación Pública de la siguiente forma:

Art. 7.- Sistema nacional de contratación pública SNCP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP- es el 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. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

Lo esbozado por la ley se ajusta conceptualmente a la definición de *sistema*. En efecto, se da a entender un funcionamiento armónico y organizado de varias estructuras, fases, procedimientos y organismos que interactúan en materia de contratación pública orientados a finalidades concretas y comunes.

⁴⁵ Roberto Dromi, *Sistema y Valores Administrativos*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003, p. 15.

Así mismo, la LOSNCP prevé que formen parte del sistema todas las instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública⁴⁶.

Las fases que involucra el ciclo de la contratación pública, de acuerdo a la LOSNCP, son: planificación, programación, presupuestos, control, administración y ejecución. Se procede a analizar esos componentes.

2.1.1. Planificación y Programación.

La planificación en materia de contratación pública es fundamental. Con planificación existe previsibilidad, orden, abastecimiento oportuno, y se evitan compras de urgencia.

Las normas de derecho público expedidas a partir de la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador –CRE-⁴⁷ son muy prolíferas en propiciar una gestión pública con planificación. Esto configura un marco conceptual que orienta a que todo programa, proyecto o acción ordinaria del gobierno –y por ende la contratación pública- deba planificarse, orientarse a objetivos y programarse en el tiempo.

La CRE señala que el Estado tiene como deber primordial planificar el desarrollo nacional, como un mecanismo para garantizar los derechos; propiciar la equidad social y territorial; y, la consecución del buen vivir. Además, esta planificación deberá ser participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. La planificación cuenta con un instrumento: el Plan Nacional de Desarrollo, al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y

⁴⁶ Art. 8.

⁴⁷ RO 449, 20 de octubre de 2008.

asignación de recursos públicos. Su observancia es obligatoria para el sector público y referencial para el sector privado. Aquí descansa la importancia de la planificación para la contratación pública, pues toda política, programa o proyecto público se va a decantar en contrataciones de bienes, servicios u obras, y por tanto, el Plan Nacional de Desarrollo debería ser la matriz de donde emanen los planes sectoriales e institucionales, y de allí, a un paso, los planes de adquisiciones.

Inclusive, la CRE estatuye que la planificación debe alcanzar todos los niveles del régimen descentralizado autónomo, así, el estado central tiene competencia sobre la planificación nacional; los gobiernos regionales autónomos sobre la planificación del desarrollo regional; los gobiernos provinciales sobre la planificación del desarrollo provincial; los gobiernos municipales la planificación del desarrollo cantonal, especialmente la infraestructura física, los equipamientos de salud y educación y los espacios públicos; los gobiernos parroquiales rurales sobre el desarrollo parroquial, infraestructura física, espacios públicos y vialidad parroquial. Esta asignación de roles da importantes pautas para la planificación de contrataciones públicas, pues señala inclusive áreas temáticas de intervención⁴⁸.

Al interno del marco constitucional anteriormente indicado, se expidió el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas –COPYFP-⁴⁹, cuyo cometido general es vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas y así regular el ejercicio de las competencias de planificación y de políticas públicas

⁴⁸ Las normas constitucionales sobre planificación que se han tomado en cuenta para este análisis están contenidas en el siguiente articulado: Art. 3 No. 5; 147 No. 4; 241; 261 No. 4; 262 No. 1; 263 No. 1; 264 Nos. 1 y 7; 267 Nos. 1, 2 y 3; 275; 277 No. 2; 278 No. 1; 279; 280; y, 293.

⁴⁹ Ley s/n, Segundo Suplemento del Registro Oficial 306, 22 de octubre de 2010.

en los distintos niveles de gobierno, en busca de articulación y coordinación⁵⁰. Teniendo presente la importancia de la planificación, su vinculación con los aspectos presupuestarios es vital para garantizar una ejecución eficiente del gasto público, que en buena medida se traduce en contrataciones públicas.

En esa línea, uno de sus principios es la sujeción a la planificación, es decir que “La programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno, en observancia a lo dispuesto en los artículos 280 y 293 de la Constitución de la República”⁵¹.

Esta ley contempla las categorías “planificación para el desarrollo” orientada hacia el cumplimiento de los derechos constitucionales, el régimen de desarrollo y el régimen del buen vivir⁵²; “planificación nacional”, responsabilidad y competencia del gobierno central, cuyo instrumento es el Plan Nacional de Desarrollo, susceptible de un ejercicio desconcentrado⁵³; “planificación de los gobiernos autónomos descentralizados”, quienes formularán sus planes propios pero coordinados y articulados dentro del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa⁵⁴; y, “planificación participativa”, que deberá contemplar mecanismos para la participación ciudadana⁵⁵. Desde

⁵⁰ Arts. 1 y 3.

⁵¹ Art. 5 No. 1.

⁵² Art. 9.

⁵³ Arts. 10 y 11.

⁵⁴ Art. 12.

⁵⁵ Art. 13.

luego, también existen los “planes institucionales”, que corresponden a cada organismo o institución sujeta al ámbito del Código⁵⁶.

El ya mencionado Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa es conceptualizado como “... el conjunto de procesos, entidades e instrumentos que permiten la interacción de los diferentes actores, sociales e institucionales, para organizar y coordinar la planificación del desarrollo en todos los niveles de gobierno”⁵⁷. Dado que uno de los objetivos de este Sistema es orientar la gestión pública hacia el logro de resultados, que contemple los impactos tangibles e intangibles⁵⁸, podemos resaltar que la contratación pública es en todo caso, uno de los resultados de las políticas y la planificación en general.

El elemento central en materia de planificación es el Plan Nacional de Desarrollo, definido de la siguiente manera por el COPYFP:

Art. 34.- Plan Nacional de Desarrollo.- El Plan Nacional de Desarrollo es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este código. Su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores.

El Plan Nacional de Desarrollo articula la acción pública de corto y mediano plazo con una visión de largo plazo, en el marco del Régimen de Desarrollo y del Régimen del Buen Vivir previstos en la Constitución de la República.

Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, la

⁵⁶ Art. 54.

⁵⁷ Art. 18.

⁵⁸ Art. 20 No. 3.

programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado y los presupuestos de la banca pública, las empresas públicas de nivel nacional y la seguridad social.

Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de Desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno.

Dos de sus contenidos son muy importantes para la contratación pública: los criterios para orientar la asignación de recursos públicos y la inversión pública y el Plan Plurianual de Inversiones⁵⁹.

Ahora bien, ¿por qué es importante relacionar la planificación de los contratos estatales con la planificación nacional?. Porque los planes de adquisiciones no son sino el reflejo, o más precisamente, la concreción de los planes nacionales, regionales o institucionales.

En efecto, todo organismo público tiene metas, objetivos y acciones que realizar, de acuerdo a su respectivo marco regulatorio. Para cumplir esas metas, deberá realizar adquisiciones o arrendamientos de bienes, requerir servicios o construir obras. Y ahí es precisamente donde empata la gestión institucional con el sistema de contrataciones públicas, y el elemento de enlace es precisamente la planificación. Y ahí se puede advertir que la contratación pública, de un artificio procedimental o meramente logístico, pasa a ser un componente estratégico para alcanzar los fines estatales, gubernamentales o institucionales.

⁵⁹ Art. 36, Nos. 4 y 5.

Además de lo señalado, otros beneficios de los planes de contrataciones son posibilitar una ejecución presupuestaria ordenada y programada; anticipar a los proveedores la demanda pública anual para que preparen su oferta; servir como guía y elemento de análisis para el Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP-, re denominado por la reforma de octubre de 2013 como Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP- el cual, conociendo la recurrencia de los requerimientos contractuales, podrá realizar convenios marco con proveedores⁶⁰, propiciar compras corporativas⁶¹, identificar oportunidades para artesanos o micro proveedores y realizar ferias inclusivas⁶², entre otros aspectos; y, convertirse en un importante elemento de control de la gestión pública. Un buen ejecutor sabe planificar, y además respeta su planificación⁶³.

2.1.2. Presupuestos.

Como se vio en el análisis anterior, es evidente la vinculación entre planificación y presupuesto público. Así mismo, la CRE establece un marco sobre esta materia. Parte del señalamiento de que la política fiscal tiene como uno de sus objetivos el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos, ¿cómo negar su importancia para la contratación estatal?. Si la planificación tiene como su instrumento el Plan Nacional de Desarrollo, la actividad presupuestaria cuenta con el Presupuesto General del Estado, cuya finalidad es la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado.

⁶⁰ Modalidad prevista en el Art. 43 de la LOSNCP.

⁶¹ De acuerdo a los convenios entre entidades contratantes previstos en el Art. 29 de la LOSNCP.

⁶² De conformidad al Art. 6 numeral 13 de la LOSNCP.

⁶³ Que la planificación puede servir como un elemento de control de gestión está explícito en el Art. 25 del vigente Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –RGLOSNCOP-, que indica que salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquéllas que correspondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en la PAC inicial o reformulado.

Instrumentos auxiliares para estructurar el Presupuesto General del Estado son la pro forma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual⁶⁴, todos ellos muy importantes para el financiamiento de las contrataciones públicas.

Ahora bien, el Art. 24 de la LOSNCP dispone que las entidades contratantes, previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación. En otras palabras, no puede iniciar (con la convocatoria) un procedimiento pre contractual, sin que existan o se prevean a futuro, recursos que satisfagan las obligaciones contractuales. Esta es una declaración de responsabilidad frente a la buena ejecución del contrato y frente al futuro contratista.

Es interesante comentar también que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana⁶⁵, entre sus contenidos, prevé disposiciones sobre presupuestos participativos, entendidos como el proceso mediante el cual, las ciudadanas y los ciudadanos, de forma individual o por medio de organizaciones sociales, contribuyen voluntariamente a la toma de decisiones respecto de los presupuestos estatales, en reuniones con las autoridades electas y designadas⁶⁶. Esto, junto con el concepto de planificación participativa, nos lleva a la conclusión de que las propias contrataciones públicas deberían ser participativas, dado que su planificación y financiamiento lo son.

Debemos también tomar en cuenta lo dispuesto por el nuevo COPYFP en materia de presupuestos para establecer su relación con el SNCP. La Inversión

⁶⁴ Disposiciones sobre presupuestos se pueden encontrar en los Arts. 285 No. 1; 292; 293; y, 294 de la CRE.

⁶⁵ Suplemento del Registro Oficial 175, 20 de abril de 2010.

⁶⁶ Ver Arts. 67 a 71.

Pública es definida como el conjunto de egresos o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y las capacidades sociales y del Estado⁶⁷, de allí que buena parte de la inversión pública se transforma en obras o servicios que se adquieren de proveedores y contratistas privados. Para ello se deben formular planes de inversión, expresión técnica y financiera del conjunto de programas y proyectos de inversión, debidamente priorizados, programados y territorializados⁶⁸. Estos planes deben ser fuente directa de los planes de contratación, dado su contenido. A más de referirse al presupuesto general del estado, el COPYFP desarrolla el concepto de ejecución presupuestaria, que viene a ser la fase del ciclo presupuestario que comprende el conjunto de acciones destinadas a la utilización óptima del talento humano, y los recursos materiales y financieros asignados en el presupuesto con el propósito de obtener los bienes, servicios y obras en la cantidad, calidad y oportunidad previstos en el mismo⁶⁹. Esto quiere decir que la contratación pública es una parte del ciclo presupuestario, concretamente de su ejecución, lo que ratifica su estrecha simbiosis.

Ya en materia específica, el Art. 155 del Código comentado, que trata sobre la Certificación Presupuestaria, dispone que “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.”. Esta norma es concordante con el ya citado Art. 24 de la LOSNCP, aunque al parecer éste es más amplio, pues habla de “disponibilidad presupuestaria” y además se refiere a recursos presentes o futuros, es decir,

⁶⁷ Art. 55.

⁶⁸ Art. 57.

⁶⁹ Art. 113.

que no es necesario que los recursos sean líquidos al momento de iniciarse el procedimiento pre contractual. El COPYFP distingue entre compromiso y obligación, siendo el primero la manifestación de la voluntad administrativa de incurrir en el gasto público⁷⁰ (puede ser un contrato suscrito pero no ejecutado); mientras que la obligación es el antecedente directo y necesario para proceder al pago, en el caso de la contratación pública, cuando se hayan recibido del contratista los bienes, obras o servicios contratados, de acuerdo a lo que se estipule en el respectivo contrato⁷¹.

Por cierto, el Art. 178 de este Código prohíbe a las entidades y organismos públicos contraer compromisos, celebrar contratos o autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. La sanción aplicable por infringir esta disposición será la destitución del puesto de los funcionarios responsables, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias personales.

En otro orden de ideas, el Código dispone que “Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados; la normativa aplicable a la gestión de dichos recursos será la que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado, con excepción de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República”⁷². Esta disposición se extiende a las empresas que, aunque tuvieran naturaleza privada, tuvieran capital accionario estatal en más del cincuenta por ciento⁷³.

⁷⁰ Art. 116.

⁷¹ Art. 117.

⁷² Art. 76 segundo inciso de la ley comentada.

⁷³ Disposición General Décima de la ley comentada.

Esto quiere decir que cuando una entidad contratante entrega recursos a un contratista en calidad de anticipos (dinero entregado en forma anticipada sin que se haya entregado el bien, prestado el servicio o construido la obra, generalmente para efectos de solventar algunos gastos o inversiones iniciales que requiere la ejecución del contrato), éste puede administrarlos libremente; no obstante, por su asimilación a recursos públicos hasta su total devengamiento, deberán depositarse en cuentas de instituciones financieras públicas. ¿Cuál es la finalidad por la que se dicta esta disposición en una ley orgánica?, ¿no es acaso contraria a la libertad de disposición de los recursos por parte de los contratistas, puesto que se los obliga a abrir cuentas en instituciones financieras públicas?. La razón es evitar que los anticipos se usen para financiar otras actividades del contratista y se los destine específicamente al financiamiento de las actividades contractuales. Se podría pensar que esa finalidad no precisamente se consigue manteniendo los recursos en cuentas de instituciones financieras públicas, pero es una forma de asegurarse que el dinero aún no devengado, pudiera ser aprovechado para otras finalidades.

Ahora vamos a referirnos a la “aclaración” realizada por la Disposición General Décima de la misma Ley, respecto a que si los anticipos fueran otorgados por empresas de naturaleza privada que tuvieran capital accionario estatal en más del cincuenta por ciento, tendrán igual tratamiento como si fueran recursos públicos. De acuerdo al Art. 1 de la LOSNCP, se consideran entidades contratantes a las empresas privadas (esta ley las llama compañías mercantiles) no solamente en atención a su componente accionario, sino a otros aspectos, a saber⁷⁴:

⁷⁴ Corresponde al numeral 8 del Art. 1 de la LOSNCP.

- (i) Deben poseer o administrar 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;
- (ii) En general en toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

La Disposición Transitoria Décima del COPYFP incluye únicamente a empresas que tengan accionariado en más del cincuenta por ciento de propiedad del Estado, es decir, apenas uno de los casos en que personas jurídicas de derecho privado pudieran actuar como entidades contratantes. Se dejan por fuera a las compañías que no se constituyen con acciones (las limitadas, en comandita, etc.) y tampoco se toman en cuenta otros aspectos distintos al capital, como el patrimonio, cuando es mayoritariamente público, o el simple hecho de usar recursos públicos en contrataciones. Así mismo, no se consideran otro tipo de personas jurídicas de derecho privado que podrían actuar en determinadas circunstancias como entidades contratantes y por ende entregar anticipos, como son las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles, enunciadas en el numeral 7 del Art. 1 de la LOSNCP. De esta manera, se dejan de lado muchos casos en que se pudieran entregar anticipos con recursos públicos, sin la cobertura establecida en el COPYFP.

Como colofón podemos señalar que la compra pública es parte del ciclo financiero público en la fase de egresos y gastos o ejecución presupuestaria, por lo tanto, su vinculación con el sistema de presupuestos es condición necesaria para garantizar responsabilidad en el uso y disposición de los recursos públicos. La eficiencia del gasto, podríamos decir, la eficiencia de la compra pública, a la vez, es garantía de una mejor prestación de servicios públicos; la óptima atención a las necesidades de la ciudadanía; el cumplimiento de los objetivos de política pública; y, en definitiva, la materialización de los derechos constitucionalmente garantizados.

2.1.3. Control.

La contratación pública, desde siempre, ha sido una de las áreas más expuesta a la corrupción por el volumen de recursos que administra.

Los hechos hablan por sí mismos: La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno.

Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial⁷⁵.

Así opina la organización Transparency International, especializada en estudios y análisis relativos a lucha contra la corrupción a nivel mundial. Por

⁷⁵ http://archive.transparency.org/regional_pages/americanas/contrataciones_publicas (revisado a septiembre 2012)

esa razón es que la materia de control es de vital importancia en la articulación del SNCP.

La LOSNCP dedica el Capítulo II del Título II al Control, Monitoreo y Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública. Dentro de este capítulo, el art. 15 es explícito al manifestar que “Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. [...]”.

La primera conclusión a la que se puede llegar leyendo este artículo es que, de los tres momentos en que se pueden realizar los controles (previo, concurrente o posterior) quienes hacen control lo hacen en forma posterior por mandato de la LOSNCP. El control posterior debe entenderse como el que se realiza luego de concluidas las etapas: bien sea la etapa pre contractual, la contractual o la de ejecución. La LOSNCP no establece control previo, entendido éste como el que se realizaría antes de convocarse a un procedimiento precontractual, y que implicaría revisiones legales, técnicas o financieras de la estructuración de los documentos precontractuales. No obstante, hay que mencionar que el SERCOP tiene facultades para “Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública [...]”⁷⁶ y para verificar que las entidades contratantes los observen de manera obligatoria⁷⁷. Esto quiere decir que aunque no sea explícitamente, sí existe un control previo que se configura a través de la regulación y modelación de documentos y requisitos a ser aplicados en el SNCP. El desafío es

⁷⁶ Art. 10 No. 8 LOSNCP.

⁷⁷ Arts. 14 No. 2 y 27 LOSNCP.

especializar estos documentos modelos, abarcando los diferentes objetos contractuales con sus particularidades, puesto que no es lo mismo la adquisición de medicamentos que la construcción de un puente.

En este punto hay que considerar que hubo un cambio respecto al esquema de contratación anterior que preveía “informes previos” de dos organismos: la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, y en ciertos casos, del Ministerio de Finanzas⁷⁸. Sin duda es una de las reformas más polémicas dentro de la estructuración del nuevo SNCP, pues se puede suponer que al no existir controles *ex ante*, la discrecionalidad de las entidades contratantes será absoluta a la hora de establecer las bases técnicas y legales inherentes a los procedimientos de selección y contratación. No obstante, vale la pena considerar que la erradicación de los informes previos obedeció a razones de oportunidad (eran un paso que dilataba los plazos precontractuales⁷⁹), eficacia (independientemente de la actuación profesional, técnica y ética que pudieron tener los organismos de control, se duda mucho del saldo de efectividad global de este esquema de informes previos a la hora de reducir la corrupción en el Ecuador⁸⁰), reducción de costos (estos organismos, junto con la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, tenían derecho a una contribución equivalente al 1% de la cuantía de los contratos cuyos montos superaban la base establecida para la licitación, lo que implicaba

⁷⁸ Ver derogatorias de la LOSNCP.

⁷⁹ El derogado Art. 60 de la LOAFYC establecía quince días término para informe financiero del Ministerio de Finanzas; la derogada letra f) del Art. 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado preveía igual término, con la posibilidad de ampliación por diez días hábiles adicionales, los cuales volvían a transcurrir luego de satisfechas las explicaciones o requerimientos de la Procuraduría; los mismos quince días de término preveía el derogado literal 16 del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; así como el Art. 60 de la derogada Ley de Contratación Pública, con posibilidades de ampliación.

⁸⁰ En 1.1.1. de este trabajo se advierte, a través del análisis de una serie de diagnósticos, el panorama propenso a contrataciones incorrectas en el país.

aumento de los costos de los contratos⁸¹), y recuperación de la capacidad de gestión de los administradores públicos (quienes finalmente estaban supeditados a la anuencia de terceros para continuar con sus procesos de contratación). Adicionalmente, hay que considerar que el informe se expedía previamente a la suscripción del contrato, no al inicio del procedimiento precontractual⁸², por lo que no estaba bien llamarlos técnicamente *informes previos*, salvo en el caso de consultorías en aspectos relacionados en administración financiera y control en que los informes de Contraloría y Ministerio de Finanzas se exigían respecto a la conveniencia de la contratación y a los términos de referencia respectivos⁸³. En cuanto a eficiencia, es inobjetable el cambio positivo que se dio al suprimir estos informes⁸⁴. Por lo que respeta la reducción de arbitrariedades y lucha contra la corrupción, hay que indicar que antes del 2008 la contratación pública no era precisamente un área donde primaba la transparencia y corrección de procedimientos, por lo que no se puede decir que se produjo un retroceso. En todo caso, el mero establecimiento de modelos de documentos precontractuales no es suficiente para erradicar las malas prácticas, pero tampoco justifica un regreso a un esquema que demostró su ineficacia para reducir la corrupción⁸⁵.

Finalmente, respecto al control concurrente, es necesario anotar que el Art. 14 de la LOSNCP establece que “El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente

⁸¹ Arts. 110 y 111 de la derogada Ley de Contratación Pública.

⁸² Art. 60 de la derogada Ley de Contratación Pública.

⁸³ Derogado Art. 18 LOAFYC.

⁸⁴ La reducción de tiempos se verán más adelante en 2.2.2.6.

⁸⁵ En 2.3.4. nos referiremos a las posibles mejoras al esquema de control de la contratación pública ecuatoriana.

articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo. [...]”.

No obstante, no se debe desatender a la disposición ya comentada (Art. 15 LOSNCP) que delimita el ámbito de actuación de los organismos de control a una fase *ex post*. Este mismo Art. 14 confiere al SERCOP algunas atribuciones de verificación, que corresponden a un control concurrente, verbigracia: uso del sistema informático; uso de modelos de documentos precontractuales; el cumplimiento de políticas, planes y presupuestos; la contratación con proveedores habilitados, etc. Inclusive, en la parte final de esta norma, expresamente se habla de una actividad de control de parte del Instituto: “Para ejercer el control del Sistema, el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término no mayor de 10 días de producida la solicitud.” Esta prescripción coordina con el inciso final del Art. 15 de la misma Ley, que obliga al SERCOP a informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley. Obviamente, para conocer del cometimiento de infracciones, se requiere hacer monitoreos, verificaciones, en suma, controles. A partir de las reformas introducidas por la LORLOSNCP en octubre de 2013, el actual Art. 102 de la LOSNCP prevé que quienes tengan interés directo en un procedimiento y se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes, podrán presentar un reclamo ante el SERCOP. Lo particular de este reclamo es que el rector de la contratación pública no tiene facultad para resolverlo, sino que debe notificar a

la máxima autoridad de la entidad contratante para que ésta sea la que disponga la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles. Adicionalmente, el SERCOP podrá sugerir medidas para rectificar el proceso o disponer la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y, consecuentemente, notificar a los órganos de control competentes. Más que una atribución de resolver reclamos, lo que se está consagrando es la posibilidad del SERCOP de hacer controles concurrentes. Tal vez hubiera sido deseable que se indique que las medidas de suspensión, las pudiera ejercer sin necesidad de un reclamo, es decir, por su propia actuación oficiosa.

Es necesario reparar en que la fase de ejecución contractual tiene sus propios mecanismos de control. En efecto, la existencia de administradores, supervisores y fiscalizadores del contrato⁸⁶, la posibilidad de aplicar medidas unilaterales como son las multas o la terminación por decisión de la entidad contratante⁸⁷, e inclusive los mecanismos de solución de diferencias⁸⁸, son herramientas de control propias del contrato que las aplicarán las mismas entidades contratantes, sin perjuicio de las auditorías gubernamentales que podrá realizar la Contraloría General del Estado. De allí que el SERCOP no debe intervenir en esta etapa, pues su labor está orientada a la fase precontractual.

Llama la atención que, de acuerdo al Art. 267 No. 8 de la CRE, las juntas parroquiales rurales deben vigilar la ejecución de obras. Debemos entender que no se trata de una atribución de control en la etapa de ejecución contractual, pues mal haría la Constitución en establecer superposición de

⁸⁶ Arts. 56, 70 y 80 de la LOSNCP.

⁸⁷ Arts. 70, 71, 92 y 94 de la LOSNCP.

⁸⁸ Arts. 104 y 105 de la LOSNCP.

competencias, sino más bien de una labor de verificación (vigilancia más precisamente) sin consecuencias jurídicas directas sobre el contrato, la entidad contratante o el contratista, pues frente a incumplimientos, deberían activarse los mecanismos antes analizados. Desde luego, en su condición de vigilantes constitucionales de las obras, bien pudieran solicitar la intervención de los entes de control para corregir incumplimientos o deficiencias en la etapa de ejecución.

De esta manera, la conclusión es que, sin ser el SERCOP un organismo de control como tal, coadyuva al mismo, y lo hace sobre todo en forma concurrente, dentro del procedimiento precontractual.

Para estudiar los roles de los organismos de control, empecemos por indicar que la CRE prevé, como una Función del Estado, la de *Transparencia y Control Social*:

Art. 204. El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.

Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

Pasamos a analizar los roles de los organismos que tienen incidencia en el SNCP.

2.1.3.1. Rol del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de conformidad con el Art. 207 de la CRE, debe promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, así como establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público, verbigracia: la contratación pública.

Más específicamente, el art. 208 de la CRE, señala que corresponde a este Consejo, entre otras atribuciones, las siguientes que tienen relación con el SNCP: (i) promover la participación ciudadana; (ii) establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social; (iii) investigar denuncias sobre actos u omisiones que generen corrupción; (iv) emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan; (v) actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones.

Podríamos concluir que son dos grandes campos de injerencia de este Consejo sobre el SNCP: investigación y control de la corrupción, y fomento de participación ciudadana con mecanismos de control social.

Respecto del primer ámbito, es evidente que la CRE dota de facultades de control a este organismo, inclusive con riesgo de superposición de competencias con la Contraloría General del Estado. Si bien es cierto que la LOSNCP no menciona en su articulado al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dentro del ámbito de control, es evidente que este último tiene competencia en materia de control dentro del SNCP, dadas las disposiciones constitucionales analizadas,

La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social⁸⁹, en el ámbito de investigación y control de la corrupción⁹⁰, atribuye al Consejo promover políticas institucionales sobre la transparencia de la gestión de los asuntos públicos y el acceso ciudadano a la información pública. Además podrá requerir de cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos; investigará denuncias a petición de parte, que afecten la participación, generen corrupción o vayan en contra del interés social; y, emitirá informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad que sean calificados por el Consejo⁹¹.

En el ámbito del control social, se destacan las atribuciones referidas en el Art. 8 de la Ley en comentario, que prevé el estímulo y promoción a iniciativas de control social sobre el desempeño de las políticas públicas; apoyo a las iniciativas de veedurías y observatorios ciudadanos para vigilar procesos de planeación, presupuesto y ejecución del gasto público, así como la ejecución de planes, programas, proyectos, obras y servicios públicos.

⁸⁹ Suplemento del Registro Oficial 22, 9 de septiembre de 2009.

⁹⁰ Art. 13.

⁹¹ Para evitar duplicación de acciones, el Art. 13 No. 5 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social establece que esta determinación se realizará siempre que no haya sido realizada por otro órgano de la misma función.

También se debe resaltar que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana contiene algunas disposiciones en esta materia⁹², al dotar a las ciudadanas y los ciudadanos, en forma individual o colectiva, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas lícitas de organización, de la posibilidad de realizar procesos de veedurías, observatorios y otros mecanismos de control social a la actuación de los órganos y autoridades de todas las funciones del Estado y los diferentes niveles de gobierno.

En este terreno de los mecanismos de control social, existe directa vinculación con el objetivo del SNCP expresado en el numeral 7 del Art. 9 de la LOSNCP, cual es impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional.

Finalmente, debemos considerar que también uno de los objetivos del régimen de desarrollo⁹³ de acuerdo al Art. 276 No. 3 de la CRE, es fomentar la participación y control social.

2.1.3.2. Rol de la Contraloría General del Estado.

Respecto a este organismo, la CRE establece lo siguiente:

Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

⁹² Arts. 46, 78, 79, 84, 85, 86 y 87.

⁹³ De acuerdo al Art. 275 de la CRE, “*El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay (...)*”.

Fundamentalmente el objetivo general de controlar la utilización de recursos estatales vincula directamente a la Contraloría con el SNCP, pues en toda contratación del Estado se emplean recursos públicos⁹⁴.

Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

Para fines del funcionamiento del SNCP, las facultades que más interesan son las de dirección del sistema de control administrativo y establecimiento de responsabilidades.

⁹⁴ De conformidad con el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “*Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los 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, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley*”.

Descendiendo a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁹⁵, su Art. 5 trata sobre el sistema de control, fiscalización y auditoría que involucra a todo el Estado, y cuyas finalidades tienden a que (i) los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos tengan responsabilidad y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición y resultados obtenidos de su empleo; (ii) se cumplan las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores; (iii) cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y, (iv) exista coordinación y complementación con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores.

Además, el Art. 6 nos refiere que los componentes del sistema son el control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado; y el control externo que comprende el que compete a la Contraloría General del Estado y el que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias.

Respecto al control externo a cargo de la Contraloría, se realizará a través de la auditoría gubernamental (examen especial, auditoría financiera, de gestión, de aspectos ambientales y de obras públicas o de ingeniería) que consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de

⁹⁵ Suplemento del Registro Oficial 595, 12 de junio de 2002.

riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos⁹⁶.

Entre las atribuciones de la Contraloría General del Estado -también jerarquizado como Organismo Técnico Superior de Control- se destacan para efectos del control del SNCP las siguientes⁹⁷:

- Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, a todas las instituciones del estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos;
- Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;
- Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control;
- Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del estado;
- Evaluar los resultados de consultorías, asesorías y transferencia de tecnología, nacional e internacional, cuando las mismas signifiquen egresos de recursos públicos;
- Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total;
- Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y otras

⁹⁶ Arts. 18 a 23 inclusive de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

⁹⁷ Art. 31 Ley ibídem.

normas; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la Ley;

Como se puede observar, la Contraloría General del Estado tiene amplias atribuciones para la realización del control ex post de las contrataciones públicas, y debe ejecutar este control con auditorías o exámenes que deben seguir un debido proceso. No existen vías rápidas, intervenciones eficaces en la normativa atinente a este organismo de control.

2.1.3.3. Rol de la Procuraduría General del Estado.

A fin de establecer las vinculaciones de la Procuraduría con el SNCP, vale la pena analizar sus competencias, basadas en sendas disposiciones de la CRE, de su propia Ley Orgánica y de la LOSNCP.

En primer lugar, hay que puntualizar que, de acuerdo a la Constitución, no es parte de la Función de Transparencia y Control Social, pues las disposiciones que la regulan forman parte del Capítulo de la Administración Pública, y la catalogan como un organismo público, técnico jurídico⁹⁸. No obstante, el Art. 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁹⁹ la define como un organismo público de control, aspecto que bajo la actual CRE no tiene sustento.

Su primera competencia relevante para la contratación pública es controlar los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del

⁹⁸ Art. 235 CRE.

⁹⁹ Codificación 2004-015, Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2004.

sector público¹⁰⁰. Nótese que la CRE no hace relación al tiempo en que se realizará este control de actos y contratos (en forma previa, concurrente o posterior), pero sí acota que se deberá actuar con sujeción a la ley. De su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, entre las funciones del Procurador, señala que a éste le compete supervisar el cumplimiento de los contratos públicos. También la Disposición General Séptima estatuye que “El Procurador General del Estado podrá solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades, o dependencias del sector público, la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieren adoptado con violación de la Constitución Política de la República o de la ley.” Sin duda también es una manifestación de este control que la CRE le atribuye.

Como ya se indicó, el Art. 15 de la LOSNCP establece que los organismos de control del estado deben efectuar controles posteriores. Por tanto, una interpretación podría llevarnos a concluir que, aunque la CRE y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no establezcan el tipo de control (ex ante o ex post) que compete a la Procuraduría, en materia específica de contratación pública solo podría hacerlo en forma posterior. (Esto además porque el Art. 237 No. 4 de la CRE establece que el control de actos y contratos lo deberá hacer con sujeción a la ley). Pero de otra parte, dado que constitucionalmente la Procuraduría no es un organismo de control, se podría argumentar que esta disposición de la LOSNCP no le es aplicable, y por tanto, pudiera intervenir en cualquier momento. Es difícil llegar a establecer con certeza si la Procuraduría General del Estado puede hacer intervenciones de control de actos y contratos *ex ante*, con la sola relación de las normas

¹⁰⁰ Art. 237 No. 4 CRE.

indicadas. No obstante, es necesario considerar que la Constitución remite a la ley la configuración de esta facultad, por lo que esa debería ser la forma de zanjar el vacío. Además, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para que proceda una intervención, debe pre existir un acto o contrato para saber si en su formación o expedición se ha violado la Constitución o la ley, con lo que se podría concluir que siempre estaríamos hablando de controles posteriores. No obstante, vale la reflexión para señalar que la regulación legal en esta materia debería mejorarse y clarificarse.

En un segundo orden, la CRE¹⁰¹ establece que a la Procuraduría General del Estado compete la representación judicial y patrocinio del estado, atribuciones que las ejercerá en casos de nulidad de contratos o, en general, cuando la defensa de los intereses públicos lo amerite (por ejemplo, cuando un contratista demande a cualquier entidad contratante con base en un contrato público). Concordantemente, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, entre las funciones del Procurador, señala que a éste le compete supervisar el cumplimiento de los contratos públicos y proponer o adoptar las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público¹⁰². En el contexto de esta misma atribución, la LOSNCP señala que la Procuraduría debe ser informada por el SERCOP sobre el cometimiento de infracciones a la LOSNCP¹⁰³; debe demandar la nulidad de los contratos en que hubiera causales para el efecto¹⁰⁴; y, debe ser informada en los casos en

¹⁰¹ Art. 237 Nos. 1 y 2 CRE.

¹⁰² Art. 3 literal g).

¹⁰³ Art. 15 LOSNCP.

¹⁰⁴ Arts. 65 y 66 LOSNCP.

que las personas jurídicas contratistas se hallen en situación de disolución, para adoptar medidas en defensa de los intereses del estado¹⁰⁵.

La asesoría y absolución de consultas con efecto vinculante es un tercer bloque de atribuciones constitucionales¹⁰⁶ de corte preventivo y orientativo, también de gran utilidad para el funcionamiento del SNCP, en la medida en que las entidades contratantes pudieran alcanzar certeza sobre sus dudas e interpretaciones en materia de contratación pública. Es necesario reparar que el INCOP, hasta antes de octubre de 2013, tuvo la atribución de asesoramiento en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública¹⁰⁷. La forma tímida en que se expresaba esta atribución no hizo pensar en un conflicto de competencias, pero con la vigencia de la LORLOSNCOP, el actual numeral 17 del Art. 10 señala que compete al SERCOP “Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema”. A nuestro criterio, a partir de esta norma, la Procuraduría habría dejado de tener competencia en materia de interpretación de las normas sobre los procedimientos de contratación pública, sobre todo por cuanto el número 3 del Art. 237 de la CRE¹⁰⁸ establece una atribución de carácter residual: “... en aquellos temas en

¹⁰⁵ Art. 92 LOSNCP.

¹⁰⁶ Art. 237 No. 3.

¹⁰⁷ Art. 10 No 12 LOSNCP.

¹⁰⁸ CRE: “Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

[...]

3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

[...]”

que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”. Actualmente podríamos decir sin lugar a dudas que el SERCOP tiene plena atribución de asesorar sobre la inteligencia o aplicación de las normas relacionadas con procedimientos de contratación pública, por lo tanto, la Procuraduría no debiera intervenir en esa materia.

En definitiva, como conclusión parcial respecto al componente de control del SNCP, debemos advertir que, hoy por hoy, el Ecuador tiene muchas normas y regulaciones al respecto, amén de varios organismos con competencias relacionadas. No en vano inclusive se ha creado una función del estado, rebasando a Montesquieu, encargada de control de actos, contratos y recursos públicos, bien sea por acción estatal, bien por la de los ciudadanos. No obstante, como ha quedado evidenciado, existen vacíos y superposiciones de competencias que impiden una actuación armónica y coordinada. Los problemas de corrupción y falta de transparencia subsisten pese a toda la reforma promovida e implementada. Es necesario preguntarse si la solución a los problemas pasa simplemente por establecer más regulaciones e instituciones, o por verdaderos cambios en la cultura organizacional de los entes de control, así como el fomento de una participación responsable de la ciudadanía en las tareas de control de las contrataciones públicas.

2.1.4. Administración y ejecución.

El Art. 7 de la LOSNCP se refiere a las fases que conforman el SNCP, aunque somos del parecer que lo hace de forma incompleta. A continuación vamos a construir el ciclo transaccional de la contratación con un esfuerzo de sistematización de varias disposiciones diseminadas en la LOSNCP.

2.1.4.1 Etapa previa o preparatoria.

Esta etapa¹⁰⁹ comprende no exclusivamente, pero tampoco obligatoriamente:

- (i) Definición de la planificación de contrataciones para el siguiente período fiscal.
- (ii) Informes de áreas internas de la entidad contratante sobre la necesidad a satisfacerse.
- (iii) Requerimiento de la obra, bien, servicio o consultoría
- (iv) Estudios (de mercado o de otro tipo) para establecer el presupuesto referencial.
- (v) Estudios para establecer las especificaciones técnicas para bienes; estudios y diseños completos, definitivos y actualizados para obras, o términos de referencia para consultorías y servicios.
- (vi) Estudios de desagregación tecnológica o compras de inclusión.
- (vii) Informes de áreas internas de la entidad contratante sobre disponibilidad presupuestaria.
- (viii) Informe jurídico sobre tipo de procedimiento precontractual.
- (ix) Convenio interinstitucional para compra corporativa.
- (x) Conformación de comisión técnica y, de ser el caso, subcomisiones de apoyo.
- (xi) Elaboración de pliegos o documentos precontractuales.
- (xii) Aprobación de pliegos y disposición de inicio del procedimiento precontractual.

¹⁰⁹ Referencias de esta etapa se pueden encontrar en los Arts. 22, 23, 24, 29, 36, 42, 49 de la LOSNCP.

No existen normas unificadas sobre procedimientos, fases, plazos o responsables de esta etapa, de ahí que pudieran existir procesos adicionales, o algunos de ellos pudieran obviarse, dependiendo de la normativa administrativa que regule a cada entidad contratante.

2.1.4.2. Etapa precontractual.

La etapa precontractual inicia con la convocatoria y publicación de pliegos y termina con tres posibles decisiones: adjudicación, declaratoria de desierto o declaratoria de cancelación¹¹⁰.

2.1.4.3. Etapa contractual.

Esta etapa¹¹¹ arranca inmediatamente después de la adjudicación (no existe cuando se ha declarado desierto o se ha cancelado el proceso, por obvias razones) y termina, normalmente, con la firma del contrato. No obstante, es posible que se pueda tomar otra decisión: la declaratoria de adjudicatario fallido. Esta etapa incluye la entrega de garantías, en caso de que se deban rendir.

2.1.4.4. Etapa de ejecución del contrato.

Esta etapa¹¹² comprende el período entre la firma del contrato y la terminación del mismo, por diversas circunstancias. Se identifican las

¹¹⁰ Referencias a esta etapa se pueden encontrar en los Arts. 6 No. 1, 14, 32, 33, 34, 36, 49 de la LOSNCP.

¹¹¹ Referencias a esta etapa se pueden encontrar en los Arts. 35, 68, 69, 71, 74, 75, 76 de la LOSNCP.

¹¹² Referencias a esta etapa se pueden encontrar en los Arts. 14, 36, 64, 65, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 92, 93, 94, 95, 96 de la LOSNCP.

siguientes posibilidades de acciones o situaciones que se pueden presentar en esta etapa:

- (i) Pago del anticipo.
- (ii) Pagos programados.
- (iii) Aplicación de multas.
- (iv) Ejecución de garantías.
- (v) Reajuste de precios.
- (vi) Informes de administradores, supervisores o fiscalizadores.
- (vii) Contratos modificatorios para enmendar errores.
- (viii) Contratos complementarios.
- (ix) Diferencias en cantidades de obra.
- (x) Ordenes de trabajo por rubros nuevos.
- (xi) Terminación de los contratos.
 - Por cumplimiento de las obligaciones.
 - Por mutuo acuerdo de las partes.
 - Por sentencia o laudo arbitral que declare la nulidad del contrato o la resolución a pedido del contratista.
 - Por declaración unilateral del contratante por incumplimiento o vicios.
- (xii) Devolución de garantías.
- (xiii) Recepciones.

2.1.4.5. Etapa de evaluación.

Aunque existen referencias de esta etapa¹¹³, ninguna norma establece en qué consiste, qué se debe tomar en cuenta y cómo se debe implementar la evaluación del contrato y del contratista.

No obstante, la evaluación de la contratación pública debiera abarcar un análisis objetivo de la ejecución del contrato y uno subjetivo del comportamiento de las partes. El análisis objetivo debe involucrar tiempos y costes, pues normalmente todo contrato público tiene un período de vigencia, pero no es raro que sea rebasado. Lo que prima es el cumplimiento de los objetivos: productos, bienes, obras, etc. Así mismo, el precio originalmente pactado no siempre es el valor final que se paga, pues pueden existir una serie de reajustes y adendas. En cuanto al análisis subjetivo, se debe valorar la gestión tanto de la entidad contratante como del contratista en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en la ejecución del contrato. La entidad contratante fundamentalmente deberá ser evaluada desde su obligación de pago sin retardo, aunque también por los deberes complementarios que suele asumir. El contratista, de su lado, deberá dar cuenta por la calidad, cantidad y oportunidad del cumplimiento de sus obligaciones, y para ello se deberá medir entregas a plazos, sanciones, terminaciones anticipadas, ejecución de garantías, reclamos en etapa pos venta, etc. Desde luego esta valoración debiera tener una incidencia en su estándar general, sea con preferencias o con posibilidades de acceder en mejor posición a contrataciones de mayor envergadura. Ya que la tendencia es al uso de medios electrónicos, inclusive esta evaluación se la debería realizar a través de herramientas informáticas.

¹¹³ Referencias a esta etapa se pueden encontrar en los Arts. 14 y 36 de la LOSNCP.

Es necesario indicar que, de todas las etapas, la presente tesis abordará fundamentalmente la etapa precontractual.

2.2. Principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La LOSNCP contiene, dentro de sus disposiciones sustantivas, principios y objetivos. Los primeros constituyen criterios de interpretación de los procedimientos y contratos¹¹⁴, y los segundos se traducen en metas que el sistema en su conjunto debe alcanzar a través de la gestión del sistema.

2.2.1. Principios de la contratación pública.

El marco normativo inherente a los principios y su eficacia en el ámbito de la contratación pública establecido en la LOSNCP es el siguiente:

Art. 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.

Art. 5.- Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

¹¹⁴ Art. 5 de la LOSNCP.

Ni la ley ni la reglamentación aplicable establecen conceptos o definiciones de estos principios que deben orientar los procedimientos de los participantes de la contratación pública, no obstante a la vista de su trascendencia, procedemos a dar contenido a cada uno de ellos.

2.2.1.1. Principio de legalidad.

El principio de *legalidad*, ampliamente tratado en el ámbito jurídico por ser pilar fundamental del *Estado de Derecho*, se tratará aquí únicamente en relación con la contratación pública. Jaime Santofimio sostiene que “[...] analizar el principio de legalidad del contrato estatal conlleva una implicación práctica, cual es la de sujetar, siempre y en todos los casos la autonomía de la voluntad al interés general”¹¹⁵. Más adelante señala que “[...] entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de los procedimientos, actuaciones, decisiones y actos que deban proferirse con ocasión del contrato con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial [...]” (J. Santofimio, 2004: 117.)

Es importante notar que, este principio, no se refiere exclusivamente al cumplimiento de la ley como fuente formal y positiva, sino a la debida conformidad de todo acto administrativo con el *ordenamiento jurídico* como se señala en la cita inmediata anterior.

En este mismo sentido, Cassagne afirma que:

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

¹¹⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida*, tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p 115.

formal, es decir, a todo 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”¹¹⁶.

Desde su origen, uno de los objetivos de este principio fue limitar a los poderes públicos. En el ámbito de los contratos estatales tiene aplicación en la fase precontractual y en la contractual. En la primera, tendrá vigencia mientras se forma la voluntad contractual del estado a través de la convocatoria, los pliegos, la propuesta de contrato, la oferta, las evaluaciones y la adjudicación, pues será la ley la que conduzca el proceder administrativo; En la etapa contractual tiene también una aplicación trascendente, pues en lugar del principio de autonomía de la voluntad de las partes, prima el del interés general, y en esa medida es la ley la que en determinados casos establece el ejercicio de facultades exorbitantes a favor de la administración o inclusive prescribe la posibilidad de modificaciones al contrato inaceptables a la luz del *pacta sunt servanda*, pero totalmente justificables si consideramos el *ius variandi*. En definitiva, en la contratación pública, privados y públicos, proveedores y entidades, contratistas y contratantes, están sujetos a normas

¹¹⁶ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2006, octava edición, pp. 27 – 28.

jurídicas precisas que condicionan indefectiblemente su accionar. Abona a lo dicho la reflexión de Dromi:

El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa pre-contractual y contractual. Toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente: constitucional, legislativa o administrativa. *La totalidad del ordenamiento jurídico rige para cada caso administrativo.* Es también deber del órgano administrativo controlar en su accionar *la constitucionalidad de las normas*, y examinar su validez frente a la Constitución¹¹⁷.

La CRE contiene una disposición que precautela que las entidades y sus funcionarios no se aparten de los contornos señalados por el ordenamiento: “Art. 226.- 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. [...]” Esta norma entraña la máxima *en Derecho Público únicamente se puede hacer lo prescrito en la Ley.*

No observar las normas vigentes, en otras palabras, apartarse del principio de legalidad, puede acarrear la nulidad, como nos lo recuerda Santofimio.

En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley –Estado de derecho-, el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público o

¹¹⁷ Roberto Dromi, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 41.

de los particulares que ejerzan función administrativa, sin sujeción a lo cual los actos y contratos por ellos proferidos o celebrados se considerarán ilegales y en consecuencia carentes de validez. (J. Santofimio, 2004: 117).

En el ámbito nacional, también se ha previsto estas consecuencias por el agravio al principio de legalidad, contenidas en dos claras disposiciones de la LOSNCP:

Art. 64.- Contratos celebrados contra expresa prohibición.- Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

Art. 65.- Nulidad del contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;
2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

El Art. 64 resulta polémico en tanto que faculta al posible responsable de la ilegalidad a que declare terminado el contrato por decisión unilateral. No obstante, dos circunstancias le dan un cariz lógico: la primera es que la ley busca una corresponsabilidad a la hora de cumplir con la legalidad, por lo tanto, el contratista no está exento de culpa y, consecuentemente, se somete a la posibilidad de una terminación unilateral; sin dejar de resaltar, en segundo lugar, que la norma no descuida las responsabilidades civiles, administrativas y penales de los funcionarios públicos que intervinieron en la preparación y suscripción del contrato ilegal.

2.2.1.2. Principio de trato justo.

Poca referencia al principio de *trato justo*, expresado así literalmente, encontramos en obras especializadas en contratación pública. Su tenor literal podría conducirnos por los largos y anchos caminos del concepto de justicia. Y sin duda que el ideal de dar a cada uno lo que le corresponde debe operar en la contratación pública, aunque, según nuestro entender este principio está más bien vinculado a los de igualdad, equidad y razonabilidad.

No obstante, para hacer un deslinde de los dos conceptos (pues están plasmados como dos principios diferentes), podríamos decir que el principio de igualdad implica que el sistema como tal y en su conjunto (desde lo normativo y lo instrumental) no puede hacer discriminaciones o diferenciaciones entre

proveedores o concursantes y esa es la concepción que inspira las propuestas de la Organización Mundial de Comercio (aspecto que se desarrollará más adelante) y otros modelos normativos internacionales de contratación pública. Bajo esa premisa, el trato justo vendría a ser una especialización de este principio, pues una cosa es que el ordenamiento jurídico no prevea diferenciaciones entre proveedores (por su origen, su tamaño, su localidad u otros requerimientos de contenido nacional) y otra es que en las condiciones del concurso y en los actos de evaluación y calificación de ofertas, no se establezcan o apliquen criterios que diferencien –en contra o a favor- a los oferentes, a menos que el propio sistema normativo lo prevea (lo que equivaldría a igualdad material).

No sería dable, por ejemplo, que se establecieran plazos diferentes para uno u otro oferente dentro del mismo procedimiento precontractual, o que existiera más severidad en el análisis de cumplimiento de requisitos para unos que para otros, o que a alguna oferta se le solicite subsanación de requisitos de forma y a otra no, siendo iguales los defectos, o, en fin, que se apliquen distintos criterios frente a situaciones comparables a la hora de calificar las ofertas. Cualquiera de estas circunstancias, sin duda, atentarán contra el principio de trato justo, pues harán inclinar la balanza a favor de una oferta no exclusivamente por sus méritos, sino por circunstancias diferentes que devendrían en aplicaciones injustas. El trato justo significa entonces soluciones y aplicaciones iguales a situaciones similares.

Si nos fijamos en lo que dice el RGLOSNC, en la parte final de su Art. 20, vamos a encontrar elementos para llegar a determinar el contenido de este principio: “[...] Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las

entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.” Más que trato igualitario, se debería referir a trato justo, pues la igualdad implica el mismo tratamiento entre los proveedores, aspecto que en el caso ecuatoriano está relativizado como lo veremos en su momento. Pero la idea de no establecer diferencias arbitrarias es la que da sentido a este principio.

El trato justo también va vinculado a la equidad, concepto que se esboza de la siguiente forma:

Un marco legal equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos, e incluso contrapuestos de la autoridad pública y de los contratistas y debe tratar de compaginarlos de manera justa. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, así como la responsabilidad de la autoridad pública que en orden a asegurar la regularidad de los bienes y servicios y su papel en la promoción del desarrollo son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

Este principio también implica que deba haber las mismas oportunidades para todos los participantes en el proceso de la contratación, lo cual implica que las reglas que van a ser aplicadas como base para tomar las decisiones sean generales, impersonales, conocidas por todos y aplicadas a todos los participantes de manera igual¹¹⁸.

¹¹⁸ Gonzalo Suárez Beltrán, Roberto Laguado Giraldo, *Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina, Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, 2007, p. 15, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/28648/DocW130.pdf>. (Revisado a septiembre de 2013)

Finalmente, este principio tiene que ver con la razonabilidad, tratada por Gordillo de la siguiente manera:

Su transgresión no es materia de filosofía del derecho, es cuestión del derecho escrito, positivo, que además es iusfilosóficamente justo. Lo exige también el art. 2º inc. h) de la ley de ética pública, en cuanto obliga al agente público a adoptar soluciones *razonables* en los procedimientos de contratación pública, lo cual incluye el objeto y el precio del contrato¹¹⁹.

El trato justo entonces tiene que ver con la equidad y la razonabilidad, criterios a ser tomados en cuenta de forma obligatoria por los administradores públicos que contratan, pues en muchas ocasiones, se deberán tomar decisiones frente a situaciones que no tienen respuesta en la ley ni en ninguna norma.

2.2.1.3. Principio de igualdad.

Cassagne nos refiere sobre este principio lo siguiente:

Esto significa que las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores, trato igualitario que implica, incluso, que todos los interesados y oferentes reciban adecuada información sobre el devenir del proceso de selección.

En otras palabras, el principio de igualdad entre los oferentes –de pura raigambre constitucional-, se manifiesta al posibilitarse la participación

¹¹⁹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, octava edición, p. XII-46.

competitiva de todos ellos, erigiéndose en base o presupuesto de la contratación, aún entre la existencia de oferentes nacionales y extranjeros¹²⁰.

Aunque este reconocido tratadista hace una mixtura de este principio con los de publicidad y concurrencia, nos habla de igualdad de condiciones para todos los participantes, inclusive entre nacionales y extranjeros.

La *igualdad*, como principio de la contratación pública, deberá ser analizada con los matices constitucionales referentes a la igualdad formal, igualdad real y no discriminación¹²¹, plenamente aplicables en el SNCP. Si bien es cierto se proclama que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades -tal como Cassagne nos refirió- también se dispone que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”¹²². Esto particularmente tiene efectos en algunas formas de discriminación (positiva) que se aplican en el SNCP, sobre todo referidas a producción nacional, a micro, pequeñas y medianas unidades productivas y a actores de la economía popular y solidaria, que van a ser tratados de manera preferente.

En el ordenamiento ecuatoriano este principio se traduce en dar a todos los oferentes posibilidades reales de adjudicación, tomando en cuenta sus particulares condiciones que los diferencian, configurándose de esta manera una igualdad real a la hora de competir.

¹²⁰ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, segunda edición, p. 77.

¹²¹ Art. 66 numeral 4 CRE.

¹²² Art. 11 numeral 2 CRE.

2.2.1.4. Principio de calidad.

La *calidad*, tratada como principio de la contratación pública, tiene sustento constitucional, no solo por lo indicado en el Art. 288¹²³, sino también por lo que, concordantes, señalan los Arts. 52 y 66 No. 25, respecto a que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad. Así mismo, el Art. 320 de la misma norma suprema dispone que la producción se ha de sujetar a principios y normas de calidad; al tiempo que el Art. 336 señala que el comercio justo será el medio de acceso a bienes y servicios de calidad.

Al analizar este principio también es necesario contar con el texto del Art. 31 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad¹²⁴ -LSEC-, que dice a la letra:

Art. 31.- Previamente a la comercialización de productos nacionales e importados sujetos a reglamentación técnica, deberá demostrarse su cumplimiento a través del certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado en el país, o por aquellos que se hayan emitido en relación a los acuerdos vigentes de reconocimiento mutuo con el país.

En las compras y adquisiciones de bienes y servicios de los organismos del sector público, incluyendo las entidades autónomas, deberá demostrarse el cumplimiento de la calidad de dichos bienes y servicios con los reglamentos

¹²³ CRE, 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.”

¹²⁴ Ley 76, RO suplemento 26, 22 de febrero de 2007, reformada con Ley s/n, RO suplemento 351, 29 de diciembre de 2010.

técnicos pertinentes mediante un certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado o designado en el país.

Los jefes de compras y adquisiciones, los fiscalizadores y los directores de las áreas financieras de las entidades públicas serán responsables directos en caso de incumplimiento de lo establecido en el inciso inmediato anterior.

Los productos que cuenten con sello de calidad del INEN, no están sujetos al requisito de certificado de conformidad para su comercialización.

La forma y periodicidad con la que deberá demostrarse la conformidad, será la misma para productos nacionales e importados, a través del reglamento.

Como se puede apreciar, existe una real preocupación en la normativa nacional relacionada con adquisiciones de bienes y servicios por parte del estado respecto de la calidad, y por eso debe estar presente en el entramado de la contratación pública. En los pliegos precontractuales, a la hora de establecer las especificaciones técnicas, se debe contar con criterios que garanticen calidad. Como lo señala la propia LSEC, es necesario inclusive exigir el certificado de conformidad con las normas y reglamentos de calidad, lo que requiere el funcionamiento de tres instancias: una reguladora (que establece las normas y especificaciones, que en el caso ecuatoriano es el Instituto Ecuatoriano de Normalización –INEN¹²⁵-), una acreditadora (que acredita a laboratorios calificados para hacer mediciones de conformidad, que en el caso del país se denomina Organismo de Acreditación Ecuatoriano –OAE¹²⁶-) y un organismo de certificación acreditado quien dará cuenta de la conformidad del producto o servicio respecto a los estándares y requisitos exigidos por la norma.

¹²⁵ Arts. 14 a 19 de la LESC.

¹²⁶ Arts. 20 a 28 de la LESC.

Ante la ausencia de un número importante de normas técnicas para bienes y servicios relacionadas con la calidad, la LORLOSNC, a través de la Disposición Transitoria Primera, establece que a falta de normalización efectuada por el INEN, los responsables de establecer transitoriamente los lineamientos y parámetros que deberán ser observados en el proceso de contratación, son SERCOP y las entidades contratantes. Constituye una medida que, si bien invade las competencias del órgano rector de la normalización, permite establecer principios de calidad en los procedimientos de contratación pública.

Muchas veces se considera que las exigencias de calidad pueden constituirse en verdaderas barreras de acceso, o inclusive, requisitos que favorecen a determinados destinatarios. En una sociedad como la ecuatoriana donde la mayoría de los proveedores son de tamaño micro, pequeño y mediano, es difícil encontrar actores que cumplan con certificaciones de calidad, y por tanto, exigir el cumplimiento de esta normativa técnica (sobre todo a estándares internacionales) pudiera resultar en una reducción de la competencia al excluirse buena parte de posibles oferentes. Por ello es necesario que, al formularse las especificaciones técnicas, se tome en cuenta estos aspectos. Es recomendable establecer incentivos y ventajas para quienes pueden acreditar calidad (por ejemplo puntuaciones adicionales), pero no descalificar a los que no la cumplan, si el mercado es precario en estos aspectos. No obstante, el dilema es si conviene que el sector público nacional se aprovisione de bienes y servicios de pobre calidad, durabilidad y desempeño, a pretexto de fomentar la competencia y la participación inclusiva de todos los proveedores. Visto desde este punto de vista, uno de los roles de

la contratación pública es modelar los comportamientos sociales, y en ese sentido podría ser el motor para la mejora de calidad de los proveedores, lo que debería perseguirse con medidas programadas y temporales (dar plazos a los proveedores para que adecuen sus productos a las normas técnicas pertinentes). De esa manera, sin descuidar el impacto social de la exigencia, se fomenta la aplicación del principio de calidad. Ahora bien, en sociedades desarrolladas o mercados que ya operan con criterios avanzados de calidad, es deseable (y obligatorio) exigir cumplimiento de normas y reglamentos técnicos.

Desde luego, para aplicar cabalmente el principio de calidad es fundamental la labor que realicen las comisiones técnicas de evaluación o el funcionario encargado de esta tarea, a la hora de calificar las ofertas técnicas dentro de los procedimientos precontractuales. Y esto se complementa con una comprobación que se debe realizar al momento de recibir el bien o servicio por parte de la entidad contratante; de ahí que el o los funcionarios encargados de administrar, supervisar, fiscalizar o recibir los bienes, servicios y obras, juegan un rol destacado en la aplicación práctica del principio de calidad.

2.2.1.5. Principio de vigencia tecnológica.

La *vigencia tecnológica*, más que un principio, aparenta ser una condición que tendría dos aristas. La primera de ellas, referente a la necesidad de que los procedimientos del SNCP, que por mandato de ley deben ser electrónicos¹²⁷, siempre estén actualizados y respondan a la más alta tecnología en lo referente a *hardware* y *software*. Así, la Disposición General Quinta de la LOSNCP establece que “Para la realización de los procedimientos

¹²⁷ Ver Arts. 14 numeral 1 y 21 de la LOSNCP.

electrónicos previsto en esta Ley, se emplearán métodos actualizados y confiables para garantizar el correcto funcionamiento del Portal COMPRASPÚBLICAS y el uso eficiente y seguro de las herramientas informáticas”. La segunda significación es que las entidades contratantes deberán incluir -en las especificaciones y requisitos técnicos que soliciten dentro de los pliegos, así como en el contrato- aspectos tecnológicos de avanzada, a fin de que el bien, servicio u obra que adquieran no resulte obsoleto, desactualizado, discontinuado, caduco o pueda caer en desuso prontamente. A este respecto, Dromi señala lo siguiente:

En un mercado cada vez más signado por la tecnología y la globalización, los *adelantos tecnológicos* deben ser considerados como integrantes ineludibles de cualquier ecuación en los contratos de transformación. [...] Aún cuando los adelantos tecnológicos no estén previstos explícitamente como un término a considerar en el desarrollo de la ejecución del contrato de transformación, es incuestionable que su presencia se encuentra implícita. (R. Dromi, 2001: 196).

Hay que advertir que la cita se refiere a contratos de transformación, es decir aquéllos que implican delegación del estado para la prestación de servicios públicos. Según lo señalado, en un contrato de concesión, el concesionario estaría obligado a incorporar continuamente la nueva tecnología, aunque tal obligación no estuviera escrita. En los contratos públicos que no implican delegación, resulta polémico sostener que la entidad contratante podría exigir, en la etapa de ejecución contractual, especificaciones tecnológicas más avanzadas de las que rigieron el procedimiento precontractual, por una serie de razones: se trataría de otro concurso en que

posiblemente podrían intervenir otros competidores; y podría existir una considerable variación del presupuesto y precio, a sabiendas que para iniciar con la convocatoria es necesario certificar la disponibilidad presupuestaria. Para garantizar la aplicación de este principio es recomendable diseñar especificaciones técnicas que tomen en cuenta las tecnologías más actuales. El proceso de elaboración de especificaciones técnicas que busquen definir calidad, usabilidad y utilidad sin menoscabar criterios de objetividad y no discriminación, guarda una dosis de complejidad especialmente en áreas que involucran el empleo significativo de tecnología. No obstante, mecanismos de consultas al mercado, opiniones de expertos, procesos que involucren diálogo competitivo, entre otras, se convierten en alternativas que deberían usarse para permitir una competencia sin preferencias o subjetividades. Ahora bien, si un contrato tuviere un amplio lapso de ejecución, se podría, en virtud de este principio, incluir en las previsiones contractuales que la entidad podrá exigir al contratista la observancia de tecnologías nuevas y de punta, no existentes a la fecha de celebración del contrato, con la correspondiente compensación o reajuste y dentro del marco de los contratos complementarios, que inclusive exigen previa a su celebración, una nueva certificación de disponibilidad presupuestaria. Podría también pensarse en otras modalidades de contratación, que no impliquen necesariamente la compra del bien, sino la obligación del contratista de poner a disposición de la entidad pública el uso del producto. Si una entidad pública de salud, en lugar de comprar equipos para tomografías, requiriera que el proveedor le proporcione los mismos a tiempo completo y sin traspaso de la propiedad, se podrían establecer cláusulas de vigencia tecnológica en los bienes que se oferten.

2.2.1.6. Principio de oportunidad.

El principio de *oportunidad* tendrá dos acepciones en materia de contratación pública. La primera de ellas está relacionada con el criterio de ocasión y la otra con el de precisión temporal.

Si el mercado público está generando constantemente requerimientos de bienes, obras o servicios, entonces se abren a diario oportunidades para los proveedores. En este sentido, lo importante será dar publicidad y difusión a estas oportunidades, para que sean universalmente conocidas; y acceso real a las posibilidades de contratación, bien sea con procedimientos claros, transparentes y criterios de selección objetivos, bien con los márgenes de preferencia que establece la CRE y la LOSNCP para aquellos proveedores que, en condiciones de igualdad absoluta, no tendrían probabilidades reales de resultar adjudicatarios de contratos.

Ahora bien, la oportunidad analizada dentro de una temporalidad, determinará lo puntual de una contratación en el marco de las necesidades institucionales. Para que esta oportunidad no se convierta en arbitrariedad de un funcionario, quien tendría la potestad de decidir cuándo y cuánto comprar, se exige la planificación como instrumento orientativo y programador, que si se lo observa con seriedad, conseguirá que esa decisión se preserve como una actividad reglada. Así mismo, se vería como un quiebre al principio de oportunidad exigir la entrega un una gran cantidad de bienes dentro de plazos excesivamente cortos, pues ese requerimiento podría esconder una exclusión de la competencia de un buen número de proveedores.

También se podría ver la aplicación de principio de oportunidad como una condición de los contratos en cuanto al establecimiento de plazos de

cumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto para contratista como para contratante. De hecho, el incumplimiento de los plazos en que se deben ejecutar las tareas y entregas por parte del contratista, son castigadas con multas¹²⁸ así como los retardos indebidos de pagos dentro de los plazos estipulados en el contrato se sancionan de forma pecuniaria, administrativa o penal, según el caso¹²⁹.

2.2.1.7. Principio de concurrencia.

Al principio de *concurrencia* se lo asocia con la defensa de la competencia y consiste en posibilitar el mayor número de ofertas. Cassagne nos ilustra:

Al promover la concurrencia del mayor número posible de ofertas, la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista. (J. Cassagne, 2005: 73)

De este principio se deriva lo delicado que resulta establecer reglas de juego que no discriminen por circunstancias personales o subjetivas, o por características que se refieran a diseño y no a funcionalidad. Dromi también se refiere a este principio de la siguiente manera:

¹²⁸ Art. 71 LOSNCP.

¹²⁹ Art. 101 LOSNCP.

El principio jurídico de la concurrencia o no discriminación afianza la *posibilidad de competencia y oposición* entre los interesados en la futura contratación. A su vez, implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento. Por ello, resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de bases y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación¹³⁰.

García de Enterría y Fernández, de forma directa, clara y simple, nos comentan: “La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración”¹³¹. Es evidente que este principio salvaguarda el cumplimiento de algunos objetivos que persigue la contratación pública: calidad, ahorro y oportunidad, que, sin una abierta participación de la mayor cantidad posible de concursantes, serían muy difíciles de alcanzar.

2.2.1.8. Principio de transparencia.

Curiosamente, la *transparencia* es tratada en la LOSNCP como principio y como objetivo, conforme se analizará más adelante.

Tomamos prestadas partes de citas de sendos fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional colombianas, realizadas por Jaime Santofimio para presentar los alcances de

¹³⁰ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, segunda edición, p 99.

¹³¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá – Lima, Editorial Temis S.A., Palestra, 2008, p. 689.

este principio. La primera dice que “Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina”¹³².

Este enfoque pone énfasis en la publicidad, aunque no se agota con ello. Trasciende hacia una contratación en que las reglas, las condiciones y las decisiones sean claras, entendibles y que no existan aspectos ambiguos, menos ocultos o indescifrables.

No obstante, con una visión más completa, a nuestro parecer, la Corte Constitucional colombiana señala que el principio de transparencia “[...] garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas”¹³³.

A nuestro juicio, la transparencia exige no solamente que todo se vea y se conozca, sino que lo que se vea y conozca se sepa legal y correctamente realizado. Dromi abona a este criterio de la siguiente manera:

La licitación pública es un procedimiento que hace viable la *diafanidad* del obrar público, fundamentalmente como hemos dicho, en el manejo de los fondos públicos, pero también del obrar privado, esto es de quienes participan en condiciones de igualdad y competencia en este procedimiento. Así, todos los oferentes que se presentan a un procedimiento licitatorio y que cumplen con las exigencias legales y del pliego (que es la ley del contrato), tienen asegurada, entre otras, la garantía de exigir que todas las propuestas presentadas

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de diciembre de 2000, exp. 17088, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en J. Santofimio, 2004: 189.

¹³³ Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero del 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, en J. Santofimio, 2004: 190.

coincidan estrictamente con el pliego de condiciones, y en esa medida se lo considerará éticamente valioso.

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. (R. Dromi, 1999: 105).

En forma más sencilla, Parra Gutiérrez señala: “Conforme a este principio la escogencia del contratista se efectuará mediante el proceso de licitación o de concurso público, y los interesados podrán conocer y controvertir las actuaciones administrativas, las cuales a su vez serán públicas, y los actos administrativos salvo los de trámite serán motivados.” Y más adelante señala, reforzando aún más la tesis de que la transparencia no se agota con la publicidad y la concurrencia: “Claro está que cuando se contrata directamente no es que dicha contratación deje de ser transparente. La transparencia como principio se cumple cuando la adjudicación es el resultado de la imparcialidad y objetividad”¹³⁴.

En efecto se considera a la licitación (como sinónimo de procedimiento que implica concurso abierto y competitivo) como mecanismo para garantizar transparencia, sobre lo que también aporta el tratadista Lamprea Rodríguez de la siguiente manera:

En lo contractual se relaciona con el propósito legal de que la conducta pública no solo parezca sometida al precepto superior obligatorio, sino que en verdad

¹³⁴ William René Parra Gutiérrez, *Los contratos estatales*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999, cuarta edición, p. 206.

lo cumpla. Se refiere entonces a la escogencia del particular contratista, llamada a caracterizarse por limpia, ajustada a derecho y ampliamente divulgada. La ley cree que se garantiza con la *licitación* y el *concurso públicos* (sic)¹³⁵.

Para llegar a la transparencia hay muchas acciones y mecanismos que activar, pero sobre todo, debemos observar el problema desde el funcionamiento sistémico de la contratación pública, tal como lo esboza Retjman: “Favorecer la transparencia no puede reducirse ni se logra sólo con la sanción de leyes. Desde mi punto de vista, el aspecto central para lograr tal propósito es el adecuado y efectivo funcionamiento de los sistemas”¹³⁶.

En síntesis, la transparencia implica conocimiento, difusión y publicidad, para eliminar el secretismo -si no oscurantismo- de la contratación pública, pero también avanza a la garantía de una selección marcada por la legalidad, oportunidad, concurrencia, objetividad de decisiones, trato justo e igualdad, por supuesto, todo esto envuelto con ropaje ético en el accionar de funcionarios y proveedores.

2.2.1.9. Principio de publicidad.

La *publicidad* viene a ser el principio que propicia el conocimiento y la difusión de todo concurso o procedimiento de contratación pública, desde su convocatoria hasta su finalización. Necesariamente exige que todo interesado

¹³⁵ Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos Estatales*, Bogotá, Temis, 2007, p. 40.

¹³⁶ Mario Retjman Farah, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo” en Juan Carlos Cassagne, director, *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 79.

tenga acceso total a la información relacionada con la contratación, tanto pliegos como todas las decisiones que se tomen dentro del procedimiento¹³⁷.

Dromi reconoce doble repercusión a este principio:

Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome 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. (R. Dromi, 1999: 104)

Así mismo, la LOSNCP prevé otros alcances de este principio, no referidos únicamente a un procedimiento, sino al sistema en su conjunto, como por ejemplo publicidad de informes, estadísticas, información del RUP, información relevante de los procedimientos y expedientes de los mismos, de los planes anuales de contratación, entre otros¹³⁸.

Es importante considerar que la LOSNCP no contempla procedimientos confidenciales, secretos o en definitiva, no públicos, ni tan siquiera parcialmente. La Disposición Transitoria Sexta, que estableció un período de transición de un año para que el INCOP pudiera establecer exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de la ley, no dejó de

¹³⁷ Para efectos de considerar posibles atentados al principio de publicidad, entre ellos los métodos de las convocatorias que no garantizan un conocimiento generalizado (publicaciones de anuncios en distintos medios) o el costo de los pliegos, que puede llegar a ser un obstáculo a su conocimiento, ver A. Gordillo, 2006: XII-9, XII-10.

¹³⁸ Ver Arts. 10 numerales 15 y 16; 14 numeral 1; 17; 21; 22; 36; 47 de la LOSNCP.

obligar a publicar la información de los procesos¹³⁹. No obstante, hemos de indicar que en el RGLOSNCNP existen dos disposiciones que contrarían o establecen excepciones a este principio: el Art. 11 que faculta al SERCOP aplicar una política de confidencialidad y protección de datos con el objeto de salvaguardar la información obtenida a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec; y el Art. 13 que detalla precisamente la información relevante de obligatoria publicación, cuando en la parte de las ofertas admite que pudiera haber información calificada como confidencial por la entidad contratante que no se publicaría. Consideramos que estas normas son efectivamente necesarias, pues pueden existir contrataciones cuya información pudiera ser sensible por motivos de seguridad (por ejemplo, contratar el transporte de valores o de billetes), pero desde luego, sus disposiciones deberían constar en ley y no en reglamento.

Inclusive las contrataciones de emergencia, aunque no tengan un procedimiento definido ni se tramiten a través del portal, deberán sujetarse a publicidad posterior. “En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos”¹⁴⁰. No siempre las contrataciones de emergencia están sujetas a

¹³⁹ Disposición Transitoria Sexta.- Únicamente para las contrataciones que se realizarán durante el primer año de vigencia de la presente Ley, facúltese al Instituto Nacional de Contratación Pública para que establezca exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de la presente Ley, especialmente aquellas relacionadas con el Plan Anual de Contratación, los registros de presupuesto y la realización de transacciones en el Portal de COMPRASPÚBLICAS.
En ningún caso se permitirá la no publicación de información sobre los procesos sujetos a la presente Ley en el Portal COMPRASPÚBLICAS.
A partir del segundo año de vigencia, ningún procedimiento estará exento del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento.

¹⁴⁰ Art. 57 LOSNCP, inciso final.

publicidad, como nos refiere Cassagne: “Las obligaciones de difusión, empero, hallan excepción conforme a dicho art. 32 en la medida en que se trate de operaciones contractuales secretas, o contrataciones de emergencia, entre otros supuestos”. (J. Cassagne, 2005: 76). En cuanto a la vigencia del principio de publicidad, la legislación ecuatoriana prevé su aplicación irrestricta, aún en supuestos de emergencia.

2.2.1.10. Principio de participación nacional.

Para acercarnos al concepto de este principio, es necesario reparar que la LOSNCP, en su Art. 6 numero 23 define a la *participación nacional* como “Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.” A su vez, el propio Art. 6 numeral 21 de la misma ley, reformado por la LORLOSNCOP, nos indica que el concepto de origen nacional “21. Origen Nacional: Para los efectos de la presente ley, se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley”¹⁴¹.

De las definiciones legales anotadas, se entiende que este principio tiende a promover que en las contrataciones públicas exista la mayor participación posible de proveedores (elemento subjetivo) que cumplan con la condición de ofertar bienes y servicios que agreguen componentes nacionales,

¹⁴¹ La reforma fundamentalmente se refiere a sustituir al Ministerio de Industrias como el encargado de la definición de los porcentajes sectoriales de componente nacional, para definir el origen ecuatoriano. Ahora esa tarea le corresponde al SERCOP. Sin duda revela que en cinco años, el indicado ministerio no pudo articular una propuesta coherente para cumplir con esa obligación.

para ser considerados de origen ecuatoriano (elemento material). En este sentido, se deja en claro que lo que prima a la hora de calificar la participación nacional no es la nacionalidad de proveedor, sino que su oferta se catalogue como nacional, bajo los parámetros indicados¹⁴².

2.2.1.11. Otros principios.

Finalmente, como colofón de este acápite relativo a los principios, a nuestro juicio, a la LOSNCP se le olvidó incorporar como principio al de eficiencia. Bibiloni define a la eficiencia “[...] como la obtención de resultados con menores recursos o logrando mayores impactos o beneficios [...]”¹⁴³.

El principio de eficiencia involucra dos proyecciones, siendo la primera de ellas la de agilidad de las actuaciones, también denominada en doctrina principio de economía o celeridad, es decir, que los procedimientos cumplan con ser simples y además eviten dilaciones y trámites innecesarios.

Parra Gutiérrez, al referirse a la economía, dice que “Según este principio, en el proceso de selección las autoridades deben realizar únicamente las actividades estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta, señalando términos preclusivos y perentorios”. (R. Parra, 1999: 207).

La segunda proyección del principio de eficiencia se enfoca en conseguir la mejor solución posible al precio óptimo. No necesariamente debemos referirnos al precio más barato como el más eficiente, sino al mejor precio luego de haberse verificado el cumplimiento de características técnicas de

¹⁴² Estos conceptos serán ampliados al analizar los objetivos de promover la participación nacional en la contratación pública, que se expondrán en 2.2.2.4. y 3.4.

¹⁴³ Homero Bibiloni, “Los efectos de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones” en Carlos Botassi, Director, *Temas de Derecho Administrativo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, p. 191.

calidad, funcionalidad y disponibilidad, que satisfagan las necesidades del ente contratante.

El contenido de este principio se suele asociar con el concepto de *value for money* o relación calidad – precio, que se define de la siguiente manera: “A utility derived from every purchase or every sum of money spent. Value for money is based not only on the minimum purchase price (economy) but also on the maximum efficiency and effectiveness of the purchase”¹⁴⁴. La libre traducción sería “Una utilidad derivada de cada compra o cada suma de dinero gastada. La relación calidad-precio se basa no solo en el menor precio de compra (economía), sino también en la máxima eficiencia y eficacia de la compra”.

Resulta extraño que la ley haya omitido de prever la eficiencia entre sus principios, siendo que éste está previsto constitucionalmente como tal, en el ya mencionado Art. 288, y además, tomando en cuenta que está presente a lo largo de su estructuración, pues la reducción de plazos de los procedimientos, y la inclusión de modalidades contractuales como la subasta inversa electrónica, que busca reducir precios con pujas sucesivas, son evidentes manifestaciones y aplicaciones de eficiencia.

Si bien es cierto, como se verá., la eficiencia es tratada como un objetivo, sería un acierto también preverla como un principio o pilar del funcionamiento del sistema.

¹⁴⁴ Tomado de <http://www.businessdictionary.com/definition/value-for-money-VFM.html>. (Revisado a septiembre de 2012).

2.2.2. Objetivos prioritarios del SNCP.

Empecemos por indicar que los objetivos a analizarse corresponden al estado ecuatoriano, no solo al ente rector de la contratación pública, tal como lo enuncia el Art. 9 de la LOSNCP¹⁴⁵. Pasamos a desglosar el análisis de cada uno de ellos.

2.2.2.1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

La vinculación entre planificación y presupuesto se trató ampliamente con anterioridad. No obstante, es importante relevar que la planificación será la primera garantía para una adecuada ejecución presupuestaria, y desde luego, para asegurar la calidad del gasto público. Efectivamente, un signo de eficiencia administrativa puede traducirse en que los administradores públicos ejecuten los presupuestos asignados, pero ahí viene otro aspecto a considerar: ¿esos recursos se están gastando correctamente?.

¹⁴⁵ Art. 9.- Objetivos del sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;
8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

Al hablar de calidad de gasto debemos identificar la pertinencia y la mejor selección del contratista que se encargará de la provisión, prestación o ejecución, según el caso.

La contratación pública juega un rol fundamental a la hora de realizar la selección antes indicada, y por eso establece una serie de requisitos y procedimientos que las entidades contratantes necesitan observar antes de contratar la adquisición de bienes, prestación de servicios o construcción de obras.

Dado que la compra pública es parte del ciclo presupuestario, en su fase de ejecución o gasto, es de alto interés del estado y de los ciudadanos que los recursos se empleen de manera eficiente y que alcance el mejor valor social y económico posible. De esa manera, las contrataciones estatales sin duda sin un elemento importante dentro del estado social de derechos y garantías, pues contribuye al alcance del buen vivir.

2.2.2.2 Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

Este objetivo es relativo a la etapa de ejecución contractual, y es la muestra que la Ley no agota su tratamiento con el contrato, sino que exige a todas las autoridades que forman parte del SNCP que lleven a cabo las tareas y acciones que motivaron su suscripción. Es una disposición eminentemente finalista, pues lo que permite es que primen los objetivos que animaron la contratación estatal. El criterio de la eficacia del contrato es aplicable a este objetivo, y sobre él, Dromi nos ilustra: “Se entiende por eficacia del contrato, el hecho de que la ejecución del mismo se ajuste al orden jurídico del cual deriva:

la legislación general de cada contrato, los pliegos de bases y condiciones, el procedimiento precontractual”. (R. Dromi, 1999: 499).

Si bien garantizar la ejecución plena de los contratos es un objetivo, no debemos desatender que la propia norma prevé diferentes situaciones por las que un contrato puede terminar sin el cumplimiento de las obligaciones del contratante y el contratista¹⁴⁶.

Para la aplicación efectiva de las normas contractuales es necesaria la observancia de todos los requisitos previos en la etapa precontractual, como por ejemplo, los estudios para realizar una obra, o el presupuesto para el pago de las obligaciones del estado. También es necesario respetar el requisito de claridad en las estipulaciones. Un contrato oscuro o contradictorio presentará problemas a la hora de cumplirse. De allí la importancia de la modelación que tiene que hacer el SERCOP a través de formatos obligatorios, y la precisión de las entidades contratantes al momento de redactar las especificidades de los contratos. En otras palabras, “De un procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) válido, deriva un contrato administrativo también válido, generando derechos y obligaciones para ambas partes: la Administración comitente y el contratista.” (R. Dromi, 1999: 500).

2.2.2.3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

Actualmente, el sistema ecuatoriano cuenta con un portal electrónico que permite a los proveedores participar en los diferentes procedimientos, y a la ciudadanía y entidades de control, acceder a la información que se genera en la ejecución de la contratación pública.

¹⁴⁶ Ver Arts. 92 a 96 de la LOSNCP.

El numeral 8 del Art. 284 de la CRE, señala que uno de los objetivos de la política económica estatal es propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. Por lo tanto, a la luz de la Constitución, la transparencia debe ser una condición de todo mercado público o privado, pues no se hace distinción.

Como se apuntó, no se debe caer en la tentación de equiparar transparencia con publicidad, pues ésta implica permitir que las actuaciones iterativas se conozcan sin limitaciones, que no es lo mismo que afirmar que esas actuaciones se ajusten a la legalidad y a la técnica.

Aunque se cuestiona a la organización *Transparencia Internacional* por establecer los índices de corrupción de los países con métodos basados en encuestas y no con investigaciones con fuentes objetivas y documentales, no se puede desconocer su autoridad en esta materia. La definición de transparencia que encontramos en su página es la siguiente: “‘Transparencia’ puede definirse como un principio que permite a los afectados por las decisiones administrativas, transacciones comerciales o de trabajo benéfico conocer no solo los hechos y cifras, sino también los mecanismos y procesos. Es deber de los servidores públicos, gerentes y administradores actuar en forma visible, predecible y comprensible”¹⁴⁷.

La transparencia, en materia de contratación pública, busca como resultado una elección objetiva de la mejor oferta posible en el mercado para satisfacer la necesidad pública, dentro del marco normativo existente y en un ambiente de publicidad y predictibilidad. Si el sistema fuera simple, entonces la

¹⁴⁷ El texto original en inglés es el siguiente: “‘Transparency’ can be defined as a principle that allows those affected by administrative decisions, business transactions or charitable work to know not only the basic facts and figures but also the mechanisms and processes. It is the duty of civil servants, managers and trustees to act visibly, predictably and understandably”.
http://archive.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq#faqcorr2 (Revisado a octubre 2012).

mejor selección sería la que alcance mayor valor por el dinero invertido, atendiendo a las condiciones económicas y técnicas de las ofertas. Si el sistema, como en el caso ecuatoriano, exige aplicar preferencias para el cumplimiento de objetivos de política pública, entonces el objetivo será alcanzar una contratación equilibrada, con ponderación asociada a las condiciones técnicas y económicas, pero además, atendiendo a los fines sociales, ambientales, productivos, etc.

Cuando no se actúa con transparencia en la contratación pública, los resultados son catastróficos, pues alejan a buenos proveedores, se dispendia el recurso público en contrataciones caras, y la calidad de los bienes y servicios que se adquieren disminuye, lo que influye en general sobre el nivel de bienestar de la sociedad; produce un amortiguamiento o aceptación social de esas prácticas; y sobre todo, disminuye la auto estima de la colectividad. En la página de Transparency International, relacionada con contrataciones públicas, encontramos la siguiente referencia:

Enormes ineficiencias del mercado también pueden surgir de la corrupción y, en extremo, llevaría a la destrucción de las oportunidades de desarrollo. Si la corrupción en la contratación pública no es contenida, crecerá. Se estima que la corrupción sistemática puede aumentar entre 20 a 25% de los costos de las compras gubernamentales y frecuentemente resulta en baja calidad de bienes y servicios y compras innecesarias¹⁴⁸.

¹⁴⁸ El texto corresponde a una traducción del autor, el original, expresado en idioma inglés, es el siguiente: “Massive market inefficiencies can also arise from corruption and, in the extreme, lead to the destruction of development opportunities. If corruption in public contracting is not contained, it will grow. It is estimated that systemic corruption can add 20-25% to the costs of government procurement, and frequently results in inferior quality goods and services and unnecessary purchases.” http://archive.transparency.org/global_priorities/public_contracting (Revisado a octubre 2012).

También hemos de reconocer que la transparencia puede alcanzar otras aristas dentro de las buenas prácticas de la contratación pública, tal como nos lo comentan Suárez y Laguado:

Al dotar de más transparencia a la contratación pública no sólo se busca coadyuvar al control de las prácticas corruptas sino que también se persiguen otros objetivos: se promueve la igualdad y la no discriminación entre los proveedores, se facilita la participación de contratistas que no están habituados al funcionamiento del sistema y sus procedimientos, se amplía (SIC) la base de oferentes y proveedores del Estado, se mejora el proceso de toma de decisiones de la administración contratante, se expone al público y al escrutinio social la gestión de la administración, se promueve el cumplimiento de las reglas de juego y se hacen más predecibles los resultados de los procesos de contratación. (Suárez y Laguado, 2007; p. 5)

La transparencia viene a ser una condición constante y permanente que se debe alcanzar para garantizar una contratación eficiente, orientada a las necesidades de la entidad contratante y provechosa.

Respecto a la discrecionalidad, es necesario hacer algunas puntualizaciones. En origen, la discrecionalidad en el ámbito del derecho administrativo se concebía como actuación no sujeta a reglas y, además, inimpugnable, “la expresión *acte discrétionnaire ou de pure administration* comenzó a ser utilizada a principios del siglo XIX en Francia. Significaba una libre actuación de la administración no sujeta a regla alguna”¹⁴⁹. Desde luego,

¹⁴⁹ Domingo Juan Sesin, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, segunda edición, p. 83.

esta condición es contraria al Estado de Derecho, y sería criticable si se presentara en la contratación pública en esa dimensión.

Existe una discusión relativa a si lo discrecional está en los actos o en la facultad para dictarlos y por ende, en la actuación de la Administración. Según Güechá Medina, esta controversia se desagrega entre quienes, como él, sostienen que sí existen actos discrecionales “[...] tanto por el producto del libre arbitrio de la Administración, como por no estar determinados por un procedimiento específico para su formación, así como lo están los actos administrativos reglados; lo que otorga un margen de discrecionalidad a la Administración para la producción del acto, ya que la autoridad pública tiene libertad en la apreciación de los elementos para determinar su emisión o no”¹⁵⁰ En todo caso, el autor mentado reconoce que esta discrecionalidad tiene los límites propios dentro del principio de legalidad, es decir, no se trata de una discrecionalidad absoluta.

Desde otro punto de vista, se sostiene que “[...] lo discrecional es la actividad de la Administración, pero que no existen actos discrecionales, ya que estos últimos no pueden ser el producto del capricho de la Administración, sino que están determinados por intereses públicos, por la ley, la lógica, la justicia y la racionalidad.” (C. Güechá, 2007: 91).

Gordillo, quien claramente identifica facultades, más que actos, diferencia entre facultades regladas y facultades discrecionales. Cuando se actúa bajo facultad reglada “[...] la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés

¹⁵⁰ Ciro Nolberto Güechá Medina, *Contratos Administrativos.- Control de legalidad de los actos precontractuales*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 92.

público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto”¹⁵¹.

Sobra decir que ninguna ley o norma general puede establecer exactamente lo que debe ocurrir en cada procedimiento de contratación, sino que esto dependerá de las acciones entre entidad contratante y proveedores ofertantes. Cosa distinta ocurre en el ejercicio de la facultad discrecional:

[...] la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto o cual es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia. (A. Gordillo, 2003: X-11).

Santofimio, de su parte, nos comenta lo siguiente:

Al aceptar la legalidad discrecional para ciertos aspectos del contrato estatal resulta claro que la misma no puede recogerse como sinónimo de arbitrariedad, o de subjetivismo desconocedor de los parámetros inspiradores del contrato estatal, que sin duda alguna se derivan de los propósitos del interés general. En otras palabras, la discrecionalidad que se acepta para el contrato, como lo hemos reiterado, es eminentemente institucional; en consecuencia, radicalmente impersonal, desposeída de cualquier sentimiento o pasión individual de los responsables de la contratación. (J. Santofimio, 2004: 122).

¹⁵¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, octava edición, p. X-10.

Es evidente que, si la discrecionalidad implica falta de reglas y actuación con criterios subjetivos, podríamos tener un riesgo de desviación de las buenas prácticas, o mejor dicho, actuaciones arbitrarias, aquellas tan repudiadas por los informes internacionales analizados con anterioridad.

Ahora bien, de manera general podríamos decir que los riesgos de discrecionalidad, o más bien de arbitrariedad, están localizados en algunos pasajes del íter contractual y estos son: oportunidad para iniciar un procedimiento de contratación, escoger el procedimiento adecuado para la selección del contratista, las especificaciones o características que determinarán la escogencia, la apreciación y valoración dentro de la selección misma de ofertas, y las alternativas de adjudicar o declarar desierto, cuando se fundamente en la causal 4 del Art. 33 de la LOSNCP¹⁵².

Para mitigar estos riesgos, corresponde al SERCOP insistir en la planificación, a la vez que deberá señalar los requisitos para que proceda uno u otro procedimiento, así como advertir las inobservancias que se produzcan e inclusive, disponer la suspensión de procesos. Sus atribuciones de capacitación, regulación y monitoreo son claves para estos cometidos.

En cuanto a la selección del contratista, el análisis de las ofertas deben realizarlo las comisiones técnicas, allí donde procedan, y la autoridad que adjudica, en último término. Pero no obstante aquello, esa selección debe darse en función de requisitos que deben constar en los pliegos precontractuales, y aquí nuevamente cabe la intervención preventiva del

¹⁵² Art. 33.- Declaratoria de procedimiento desierto.- La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

[...]

4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas [...]

SERCOP, quien podría dar lineamientos específicos para cada tipo de contratación.

En definitiva, lo que deben tomar en cuenta los servidores públicos que intervienen en la calificación y selección de ofertas es fundamentar sus decisiones, bien en normas jurídicas, bien en los requerimientos de los pliegos, bien en la lógica propia de la contratación y las finalidades de la misma, pero nunca una decisión puede tomarse por mero antojo o arbitrariedad. El problema, en definitiva, no es la discrecionalidad, que en contratación pública es necesaria, puesto que no puede estar escrita en la ley la forma de evaluar la oferta determinada de un procedimiento específico, y los criterios a ponderar¹⁵³. No obstante, sí debe ser rechazada la arbitrariedad, es decir, la toma de decisiones sin suficiente motivación y sustento, amparada en consideraciones subjetivas, privilegios no previstos en la norma o intereses propios o de terceros¹⁵⁴.

Es importante resaltar que un mecanismo para acotar la discrecionalidad es la regulación, que en este caso es responsabilidad del ente rector de la contratación pública. Sin regulación, la discrecionalidad es absoluta, pero la tarea del SERCOP en cuanto a establecer modelos, instructivos, recomendaciones de buenas prácticas y otras orientaciones, contribuyen a que la discrecionalidad tenga un cauce, en todo caso.

¹⁵³ Fiorini considera que la discrecionalidad no es producto de la falta de ley, sino para alcanzar la concreción de un precepto legal indeterminado, es decir, hay discrecionalidad cada vez que el funcionario público debe sustentar o motivar su decisión. De allí que la discrecionalidad no es indeseable (como sí lo es la arbitrariedad) sino una actividad necesaria en la administración pública. Ver Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, Segunda Edición, pp. 267 a 284.

¹⁵⁴ De hecho, se plantea que la actividad discrecional tiene límites, entre ellos, la razonabilidad, la proporcionalidad, la desviación de poder, la buena fe y *alterum non laedere*. Ver A.Gordillo, 2003: X-21 a X-25 y B. Fiorini, 1995: 281 – 284.

Además, toda decisión en contratación pública deberá observar la prescripción constitucional del Art. 76 literal I), en cuanto a la motivación¹⁵⁵. Por ello Fiorini señala: “La discrecionalidad administrativa, expresión de una actividad jurídica, para crear un acto o una norma cuando ésta no se ha establecido, se expresa como un juicio de creación para determinar el o los motivos de un acto eficaz.” (B. Fiorini, 1995: 278).

En definitiva, el problema no es la discrecionalidad en sí, sino su abuso o arbitrariedad, y cuando no se encauza adecuadamente la discrecionalidad, entonces tendrá una vinculación directa con la falta de transparencia del sistema.

2.2.2.4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

Para analizar este objetivo, empezaremos por revisar las disposiciones constitucionales que le son inherentes:

Son objetivos de la política económica del país, entre otros, los siguientes¹⁵⁶:

- (i) Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional;
- (ii) Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia;
- (iii) Impulsar el pleno empleo;

¹⁵⁵ Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹⁵⁶ Art. 284 CRE, numerales 2, 4, 6 y 7.

(iv) Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

El estado también debe promover el acceso equitativo a los factores de la producción, y con esa orientación, le corresponde desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores para generar empleo y valor agregado¹⁵⁷.

Así mismo, existe un sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, que tiene como finalidad (entre otras) desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir¹⁵⁸.

Finalmente, para concluir con las referencias constitucionales, el Art. 288 de la CRE señala que en materia de compras públicas, se priorizarán los productos y servicios nacionales.

Así pues, la Constitución ecuatoriana establece un marco de actuación dentro de este objetivo del SNCP. El incentivo a la producción nacional es un factor constante, y uno de sus instrumentos es la contratación pública. Por eso, la propia norma fundamental manda a priorizar los bienes y servicios nacionales, para lo cual, la LOSNCP establece una serie de mecanismos que se estudiarán en el Capítulo siguiente.

No obstante, el incentivo a la producción nacional a través de la contratación pública tiene dos lecturas: una nacional y otra internacional.

a) Consideraciones nacionales.

¹⁵⁷ Art. 334 CRE, No. 4.

¹⁵⁸ Art. 385 CRE, No. 3.

Dentro de las fronteras, este objetivo es de fácil aceptación. En efecto, puede resultar atractivo para los proveedores nacionales saber que gozarán de prioridad frente a sus competidores de origen extranjero¹⁵⁹.

Al amparo de esos postulados constitucionales, se ha desarrollado un sistema normativo que prioriza y privilegia las ofertas de origen nacional en la contratación pública, y las normas correspondientes las encontramos tanto en la LOSNCP, en el COPYFP y en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones –COPCI-.

El COPYFP en su Art. 64, segundo inciso, señala que “En la adquisición de bienes y servicios, necesarios para la ejecución de los programas y proyectos, se privilegiará a la producción nacional.”

De su parte, la LOSNCP también establece lo propio, al señalar que es obligatorio incentivar la participación nacional en la contratación pública. No obstante, han existido dos momentos en la vida del sistema nacional respecto a las modalidades de aplicación de estos incentivos. Desde agosto del 2008 hasta octubre de 2013, para la adquisición de bienes y contratación de servicios (excluyendo consultoría) y obras, la forma de priorizar los nacionales era a través de márgenes de preferencia, es decir, otorgando un porcentaje adicional a las ofertas de origen ecuatoriano¹⁶⁰. Este mecanismo no excluía la

¹⁵⁹ Esta discusión se da en muchos ámbitos del orbe. Como un ejemplo, se puede ver el análisis respecto a utilización de la contratación pública como un mecanismo keynesiano de apoyo financiero a la producción nacional (“*buy american*”) durante la depresión reciente en Estados Unidos de Norteamérica de 2008 – 2010, realizado por Joshua Schwartz, donde se da cuenta de la eterna discusión entre proteccionismo y procesos competitivos y abiertos, sobre todo entremezclados con acciones y efectos políticos más que técnicos, y el riesgo de contrariar los compromisos internacionales adquiridos por la nación norteamericana en acuerdos multilaterales y bilaterales de comercio. Ver Joshua, Schwartz, *Procurement as a tool for economic stimulus: The United States’ experience, 2008-2010*, <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/16PublicProcurementasanEconomicPolicyTool/Paper16-1.pdf>. (Revisado a octubre de 2012).

¹⁶⁰ LOSNCP: Art. 25: Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y

participación de proveedores cuyas ofertas no eran consideradas ecuatorianas, aunque su participación no era en igualdad de condiciones, pues los oferentes nacionales tenían derecho a puntajes adicionales en la evaluación de sus ofertas. La reforma introducida por la LORLOSNC, pretendiendo acentuar la protección a la oferta nacional, introduce normas contradictorias. La primera disposición modificada es la siguiente: “Artículo 25.1. Participación Nacional.- Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.” En este caso, la disposición no cambia el mecanismo de incentivo: márgenes de preferencia, lo que, insistimos, no implica una exclusión de la competencia. Lo único que se hizo fue cambiar al responsable de determinar los parámetros para la aplicación de los márgenes de preferencia, que anteriormente era el Ministerio de Industrias.

El problema y la contradicción para nuestro entender, se da respecto al nuevo artículo numerado como 25.2., que dice a la letra en sus partes pertinentes a este análisis:

Artículo 25.2. Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano , y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de

servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad.

mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación.

La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

(...)

El primer inciso trata de un incentivo a las ofertas que incorporen mayor componente ecuatoriano en el bien, obra o servicio ofertado. Los mecanismos que se enuncian para aplicar este incentivo son márgenes de preferencia, reservas de mercado o subcontratación. Al mencionar el criterio de reserva de mercado, se habla de la posibilidad de evitar la competencia de proveedores con ofertas no nacionales. En el segundo inciso, esta posibilidad se vuelve regla, pues se dispone que para contratar bienes, servicios u obras de origen no ecuatoriano, se requerirá previamente de la verificación de inexistencia de oferta nacional, lo que en otras palabras equivale a decir que, existiendo ofertas ecuatorianas, el mercado público se cierra a la participación de ofertas de origen extranjero. He aquí la contradicción, pues a la vez tienen vigencia y deben aplicarse dos mecanismos, uno de los cuales permite la competencia (aunque desigual) y otro que la impide.

De otra parte, la disposición del Art. 134 del COPYFP¹⁶¹, al manifestar que está permitida la participación de empresas originarias del país del prestamista (cuando los préstamos se usarán en contrataciones públicas), evidencia que la concepción subyacente es que no se permiten en el mercado público nacional las ofertas de origen extranjero. Una interpretación sistémica, en concordancia con el Art. 3 de la LOSNCP¹⁶², sería que, habiendo préstamo de por medio, las reglas de preferencia nacional podrían ser alteradas permitiéndose, por ejemplo, la participación de ofertas extranjeras en igualdad de condiciones que las ecuatorianas. Empero, hay que señalar que este enunciado estaría en contraposición con lo dispuesto por el ya citado Art. 288 de la CRE, norma suprema que manda a priorizar los productos y servicios nacionales sin ninguna limitación, restricción, condicionamiento o miramiento respecto a compromisos internacionales.

La oferta nacional no tiene relación con la nacionalidad del oferente, ni con el componente de origen del capital, ni por el domicilio, sino que se la considera en función de alcanzar el porcentaje sectorial establecido para cada caso. En otras palabras, la obra, bien o servicio debe agregar componente ecuatoriano en un porcentaje previamente establecido por el SERCOP¹⁶³.

¹⁶¹ COPYFP: Art. 134: Participación de empresas del país prestamista.- En los contratos de financiamiento podrán establecerse estipulaciones inherentes a la participación de las empresas del país del prestamista en la ejecución de los proyectos, en tanto el financiamiento se confiera en términos rentables, ventajosos o concesionales para el prestatario.

En tal caso, para la selección, calificación y adjudicación se observará el procedimiento que establezca la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las demás leyes y sus reglamentos.

¹⁶² Art. 3.- Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional.- En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.

¹⁶³ LOSNCP: Art. 6 numeral 21 reformado por la LORLOSNC: 21. Origen Nacional: Para los efectos de la presente ley, se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública

Al aplicar el criterio de origen de la oferta por el componente ecuatoriano que se agregue, y no por la nacionalidad del ofertante, lo que se busca es invitar a proveedores nacionales y extranjeros para que utilicen mano de obra, materia prima, materiales o insumos nacionales y establezcan procesos productivos en el país, a cambio de privilegios dentro de la contratación pública nacional.

La posibilidad de contar con porcentajes sectoriales móviles de valor agregado es ideal para articular políticas que impliquen mantener ventajas temporales y exigir, al cabo del período, que se incremente el valor añadido nacional, bajo amenaza de perder la ventaja. Así, estos incentivos promueven la innovación y mejora, y por tanto, el crecimiento de la industria. En caso contrario, si siempre se contara con esta ventaja sin ninguna condición, sería un llamado al estancamiento y la comodidad de los proveedores, al sentirse seguros de la preferencia.

Es importante anotar la concordancia de estas disposiciones de la LOSNCP con postulados expresados en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, cuyos objetivos son generar y consolidar regulaciones para potenciar e incentivar la producción de mayor valor agregado, particularmente en los sectores estratégicos, donde se otorga una importante función a las compras públicas¹⁶⁴.

SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

LOSNCP: Art. 6 numeral 23: Participación Nacional: Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.

¹⁶⁴ COPCI: Art. 3.- Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan

En el ámbito de la consultoría, el criterio siempre fue cerrado y proteccionista. En efecto, la consultoría extranjera solo podría intervenir en la contratación pública ecuatoriana a falta de consultoría nacional.

LOSNCP: Art. 37, incisos segundo y tercero, reformados por la LORLOSNCP: [...] La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estos personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Instituto Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales¹⁶⁵. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros. Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza.

COPCI: Art. 59.- Objetivos de democratización.- La política de democratización de la transformación productiva tendrá los siguientes objetivos:

[...]

m. Apoyar el fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética que genere empleo y valor agregado;

[...]

Las iniciativas que se buscan fomentar con estos mecanismos serán aquellas que realicen transformación productiva y agregación de valor. El reglamento a este Código establecerá los parámetros técnicos y requisitos que deberán cumplir los particulares y las empresas que se involucren en estos procesos.

COPCI: Art. 102.- Valor Agregado Nacional.- El Ministerio a cargo de la política industrial conjuntamente con el organismo rector de las compras públicas, desarrollarán mecanismos pertinentes para el control del componente nacional agregado en la adquisición de bienes y servicios, en las compras públicas y en las inversiones que se realicen en los proyectos en los sectores estratégicos.

¹⁶⁵ Evidentemente existe una imprecisión en la redacción de este artículo, en la parte señalada, pues si lo que se busca es identificar campos o áreas donde exista experiencia nacional en consultoría, mal hace la disposición al referirse a proveedores de bienes.

LOSNCP: Art. 39, último inciso: [...] En todos los casos se privilegiará la contratación de profesionales ecuatorianos lo que será exigido por la institución contratante y por el INCP en los porcentajes definidos en el Reglamento a la Ley.

Podría advertirse una pugna entre el principio de igualdad y este objetivo de priorización de la oferta nacional. Ambos principios están regulados en la CRE, el primero de ellos en el Art. 66 numeral 4 que establece: se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; mientras que el de priorizar los bienes y servicios de origen nacional está previsto en el Art. 288. En ese sentido, se puede defender que el principio de la priorización corresponde precisamente a la aplicación del principio de igualdad material, puesto que, siendo el Ecuador un país en vías de desarrollo, sus proveedores no están en el mismo nivel competitivo de sus potenciales contendientes de otros países, especialmente de los llamados del primer mundo. En segundo lugar, no puede existir contradicción entre principios constitucionales, lo que existe es una preeminencia de uno de ellos sobre el otro, y por tanto, en materia de contratación pública, el principio de igualdad está modulado por el principio de priorización de la producción nacional.

b) Consideraciones internacionales.

Desde el punto de vista internacional la lectura del tema tiene otros matices. El documento que, por antonomasia, es referente en la materia que nos ocupa, es el Acuerdo sobre Contratación Pública –ACP-¹⁶⁶ de la

¹⁶⁶ Su texto se lo puede encontrar en la siguiente dirección:
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm (revisado a octubre 2012).

Organización Mundial de Comercio –OMC- de 1994, que tiene carácter de plurilateral. Por cierto, Ecuador no ha firmado el Acuerdo ni se ha adherido a él, y por lo tanto sus normas no le son obligatorias¹⁶⁷.

El artículo III “Trato nacional y no discriminación” contiene principios que entrarían en pugna con el de priorización de la producción nacional que guarda el Art. 288 de la CRE.

En efecto, el principio de trato nacional exige que un país dé un trato igual o no menos favorable a los proveedores, productos o servicios de los otros países Parte del ACP respecto de sus proveedores nacionales. Esto quiere decir que no se admite discriminación ni por nacionalidad del proveedor, ni por el origen de los bienes y servicios, como es el caso ecuatoriano.

También se consagra en este mismo artículo el principio de “nación más favorecida” –NMF-, es decir, si un país da un trato favorable a los proveedores o a los productos y servicios provenientes de cualquier estado Parte, ese mismo trato debería extenderse a todos los proveedores o bienes y servicios de los demás estados Parte.

Así mismo, si nos fijamos en el numeral 2 de este artículo III, se prohíben discriminaciones o tratos menos favorables a los proveedores establecidos en el territorio de un país, en razón de tratarse de una filial o en razón de propiedad extranjera. En otras palabras, si un proveedor extranjero se establece en un país Parte, cumpliendo con la normativa nacional, debe ser tratado como un proveedor nacional. En el caso ecuatoriano, la domiciliación de una compañía implicaría el derecho a ser tratada como una empresa

¹⁶⁷ A la fecha, el Acuerdo tiene 41 estados parte (incluidos 27 de la Comunidad Europea), entre los que no existe ningún país latinoamericano. Solamente Argentina, Chile, Colombia y Panamá tienen la calidad de observadores, dentro del ámbito latinoamericano.

nacional, y esto sin considerar la nacionalidad de la propiedad de las acciones, participaciones o derechos.

Cumpliendo con el presupuesto anterior del establecimiento, también se prohíbe discriminar en razón del país de producción del producto o servicio suministrado, aspecto que riñe con la política nacional.

El 15 de diciembre del 2011, los ministros de los cuarenta y dos países Partes del Acuerdo adoptaron la “Revisión del Acuerdo Sobre Contratación Pública” –ACP revisado-¹⁶⁸ preparado por el Comité de Contratación Pública de la OMC, largamente discutido por un lapso de diez años.

En el ACP revisado, con muy pocas variaciones de redacción, el principio de trato nacional y no discriminación está contenido en los numerales 1 y 2 del artículo V “*Principios Generales*”. No obstante, en el numeral 6, se prescribe que “Con respecto a las contrataciones abarcadas, las Partes, incluidas sus entidades contratantes, no solicitarán, no contemplarán, no impondrán ni exigirán compensaciones.” Por compensaciones, a la luz de las definiciones consignadas en el artículo I, literal k), debemos entender a las condiciones o compromisos que fomenten el desarrollo local (como pueden ser precisamente preferencias para los productos de origen nacional) o mejoren las cuentas de la balanza de pagos de una Parte (como es la utilización de políticas de compras solamente a productos y servicios nacionales o proveedores nacionales, con el fin de evitar importaciones). De inmediato ejemplifica cuáles pueden ser algunas de esas medidas que estarían

¹⁶⁸ La explicación del estado de su aprobación y su texto se los puede encontrar en http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/gpro_15dec11_s.htm , http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm y http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/gpro_30mar12_s.htm (revisados a octubre 2012).

prohibidas: uso de contenido nacional; concesión de licencias de tecnología; las inversiones; el comercio de compensación y otras similares.

Tanto el ACP como el ACP revisado mantienen disposiciones que moderan el principio de trato nacional y no discriminación. El ACP, en su artículo V “*Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo*”, recoge necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en vías de desarrollo, que deberán ser tomadas en cuenta para la aplicación del acuerdo.

Ellas son:

- (i) Salvaguardar la situación de su balanza de pagos y garantizar un nivel de reservas suficiente para la realización de programas de desarrollo económico;
- (ii) Promover la creación o el desarrollo de ramas de producción nacionales, incluido el desarrollo de las pequeñas industrias y la artesanía en las zonas rurales o atrasadas, así como el desarrollo de otros sectores de la economía;
- (iii) Apoyar a los establecimientos industriales que dependan totalmente o en medida considerable de la contratación pública; y,
- (iv) Fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo presentados a la conferencia ministerial de la OMC y no desaprobados por ella.

Así mismo, resalta la necesidad de que los estados Parte tomen en cuenta medidas para facilitar las importaciones provenientes de los países en desarrollo.

Prevé la posibilidad de que los países en vías de desarrollo, en sus negociaciones de cobertura al amparo del ACP, establezcan excepciones al principio de trato nacional en consideración a los objetivos antes señalados.

También se incluyen disposiciones que tienden a brindar asistencia técnica a los países en vías de desarrollo, así como el establecimiento de centros de información a cargo de los estados Parte desarrollados. Como se ve, más que medidas concretas, el ACP contiene objetivos, criterios y aspiraciones muy poco efectivas en la práctica.

El ACP revisado, en cambio, prescribe las siguientes medidas:

- (i) Prevé la concesión de trato especial y diferenciado –TED- a los países menos adelantados y a los países en vías de desarrollo, en caso de que a estos últimos el TED corresponda a sus necesidades de desarrollo. En este caso, el Ecuador al ser considerado un país en vías de desarrollo (no país menos adelantado), debería demostrar que el TED que solicita tiene una correspondencia con sus planes y necesidades de desarrollo.
- (ii) En caso de adhesión de un país en vías de desarrollo al ACP, éste tendrá derecho a la cobertura más favorable que concedan los países Partes a cualquier otra parte. Como habíamos señalado, este es el principio NMF. Hay que resaltar que esta no es una concesión dedicada, pues el principio NMF es de común aplicación en las relaciones internacionales, independientemente de las características del país.
- (iii) Luego, a condición de que se llegue a un acuerdo entre las Partes y que no exista discriminación, se prevén las siguientes medidas de transición, es decir, nunca podrían ser permanentes:

- Programas de preferencia de precios, los cuales se aplicarán únicamente respecto a una parte de la oferta que incluya bienes y servicios originarios del país en desarrollo que otorgue la preferencia, u originarios de otros países en desarrollo. Esta preferencia deberá ser transparente y deben indicarse en el anuncio de contratación (convocatoria);
- Una compensación, en los términos antes analizados;
- La incorporación gradual de entidades o sectores específicos;
- Un umbral superior a su umbral permanente. Esto quiere decir que puede excluir de la cobertura del ACP algunas contrataciones que se encuentren por debajo de un monto previamente acordado.

(iv) También se considera la posibilidad de que un país en desarrollo retrase la aplicación de cualquier obligación específica del ACP. No obstante, para países menos adelantados, el plazo de aplicación no será mayor a cinco años a partir de la adhesión, mientras que para un país en desarrollo no podrá exceder de tres años. No obstante, se contempla la posibilidad de solicitar prórrogas a esos plazos.

(v) Se debe tomar en consideración los pedidos de cooperación técnica y creación de capacidad de los países en vías de desarrollo.

Se nota fácilmente que estas medidas concretas (que son las únicas que se consideran dentro del ACP revisado) podrían no ser muy atractivas para los países en vías de desarrollo, pues se aplicarán siempre como transitorias y en plazos relativamente cortos. Pero más allá de esta consideración, al comparar los criterios de priorización de la producción nacional que se aplican en

Ecuador respecto a estas prescripciones internacionales, resalta una falta de compatibilidad.

Otro documento de referencia internacional en materia de contratación pública es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en adelante –Ley Modelo CNUDMI-. En efecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI-, luego un dilatado y profundo trabajo iniciado en el año 2004, tendente a reemplazar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994, adoptó la antes referida Ley Modelo el 1 de julio de 2011, “[...] para reflejar las nuevas prácticas, en particular las derivadas del uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como la experiencia adquirida en la aplicación de esa Ley Modelo como base de reformas legislativas”¹⁶⁹.

Este importante instrumento, que desde luego no llega a ser norma internacional obligatoria, pretende ser fuente de homologación legislativa en todo el orbe, para así contribuir al desarrollo del comercio internacional.

En relación a la temática que nos ocupa en este punto, la Ley Modelo CNUDMI propone algunas disposiciones. La primera de ellas está contenida en el Preámbulo, cuya letra b) plantea como objetivo “Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, sin hacer distinciones por concepto de nacionalidad, a fin de promover así el comercio internacional”. Este propósito evidentemente compagina con las finalidades pretendidas por el ACP y ACP revisado, en la medida que buscan

¹⁶⁹ Tomado de la página http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html donde se explica la finalidad de la Ley Modelo 2011. (Revisada a octubre de 2012).

establecer condiciones de igualdad para facilitar el comercio de bienes y servicios transfronterizo, sin obstáculos, barreras o privilegios.

El Art. 2, que contiene definiciones aplicables a la Ley Modelo, establece la siguiente: “o) Por ‘políticas socioeconómicas’ se entenderán las consideraciones ecológicas, sociales y económicas que el reglamento de la contratación pública u otra norma aplicable de derecho interno autorice o exija que la entidad adjudicadora tenga en cuenta en el curso de la contratación.” Como recopilación de última generación, la Ley Modelo CNUDMI recoge lo que en estos momentos se considera de avanzada en la discusión de políticas públicas a través de la contratación de los estados: los tres pilares de la sustentabilidad: los aspectos ambientales, los sociales y la sostenibilidad económica, donde puede haber espacio para medidas de carácter industrial o de desarrollo de zonas o sectores.

El Art. 8, que trata sobre la participación de proveedores y contratistas, inicia con la siguiente prescripción: “1. Los proveedores o contratistas podrán participar en los procesos de contratación pública sin distinción alguna por razones de nacionalidad, salvo que la entidad adjudicadora decida limitar la participación por esas razones por algún motivo especificado en el reglamento de la contratación pública o en alguna otra norma aplicable de derecho interno.” Más adelante se establece que si la entidad aplicare restricciones de este tipo, deberá indicarlo desde el inicio del proceso con una explicación sobre sus razones y circunstancias. Estos preceptos están conectados con la definición que introduce el Art. 2 literal c): “Por ‘contratación nacional’ se entenderá un procedimiento abierto exclusivamente a la participación de proveedores o contratistas nacionales, conforme al artículo 8 de la presente Ley”.

Esto quiere decir que la Ley Modelo CNUDMI admite la posibilidad de establecer tratos diferentes por motivos de nacionalidad, aunque es claro que no es la regla fijada, sino una aplicación subsidiaria.

Más adelante, en el Art. 11, se trata sobre reglas concernientes a los criterios y procedimientos de evaluación. Su numeral 3, letra b), prevé como posible “Un margen de preferencia otorgado a los proveedores o contratistas nacionales o a los bienes de origen interno u otro tipo de preferencia, de estar autorizado o ser exigido por el reglamento de la contratación pública u otra norma aplicable de derecho interno. El margen de preferencia se calculará de conformidad con el reglamento de la contratación pública.” Así mismo, en el propio Art. 11, numeral 5, literal b), se dispone que la entidad deberá dar a conocer en el pliego de condiciones “Todos los criterios de evaluación establecidos con arreglo al presente artículo, en particular el precio y todo margen de preferencia que lo modifique”.

Estas disposiciones buscan armonizar las visiones distintas que existen alrededor de esta materia en el mundo, como modelo universal que pretende ser. Hay que notar que se aceptan márgenes de preferencia, que no es lo mismo que no permitir el acceso o cerrar el mercado a la participación extranjera. Esto corrobora que hoy por hoy, son admisibles fórmulas que buscan promocionar (dar ventaja) al desarrollo de la industria nacional a través de la contratación pública.

Un punto aparte amerita el tratamiento que la LOSNCP da a la consultoría, conforme se analizó supra 2.2.2.4.a), dada la vigencia de la Decisión 439 de la CAN¹⁷⁰ que contiene el “Marco General de Principios y Normas para la

¹⁷⁰ Su texto se lo puede encontrar en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#> (revisado octubre 2012).

Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”, adoptada por la Comisión de la CAN el 11 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 17 de junio de 1998¹⁷¹. Según lo declara su Art. 1, su objetivo es “[...] establecer un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina.” El segundo párrafo del Art. 4 de esta Decisión señala textualmente:

La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.

Cabe indicar que no se ha dictado ninguna Decisión al respecto, y por tanto, a partir del 1 de enero de 2002, entre los países miembros de este sistema de integración debe existir trato nacional en todo servicio que adquieran los estados. Esta conclusión de ninguna manera nos debe llevar a pensar que el Art. 37 de la LOSNCP -en la medida que exige que la consultoría extranjera únicamente tendrá cabida en los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad o experiencia nacional- está en contradicción con la normativa supranacional, sino que su

¹⁷¹ De conformidad con lo prescrito en los Arts. 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo y los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN.

aplicación debe modularse conforme al enunciado comunitario. En otras palabras, para efectos de definirse la capacidad o experiencia ecuatoriana, también se deberá tomar en cuenta a los nacionales de Bolivia, Colombia y Perú, y de esta manera se actuaría conforme al derecho interno y al derecho de integración subregional andino.

Ahora bien, para completar el marco de aplicación de la Decisión 439, es menester considerar que existen algunas excepciones o condicionamientos, a saber: (i) el Art. 5 de la propia Decisión que dispone que sectores o subsectores que tengan una regulación específica, se someterán a las regulaciones contenidas en las respectivas Decisiones; (ii) el Art. 11 de la misma Decisión que faculta a los países a adoptar algunas medidas que podrían limitar la liberalización del comercio de servicios; (iii) el Art. 13 de la propia Decisión dispone que se debe reconocer las “[...] licencias, certificaciones, títulos profesionales y acreditaciones, otorgados por otro País Miembro, en cualquier actividad de servicios que requiera de tales instrumentos, conforme a los criterios establecidos en una Decisión que sobre la materia adopte la Comisión.” Hasta la fecha no se ha adoptado esa Decisión, lo que vuelve impracticable a esta norma; (iv) el Art. 14 prevé la elaboración de un inventario de medidas contrarias al principio de trato nacional, lo que se ha concretado con la Decisión 510 de la CAN “Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios” publicada en la Gaceta Oficial de la CAN de 22 de noviembre de 2001¹⁷². Entre los servicios excluidos por el Ecuador constan algunos relacionados con actividades de arquitectura, ingeniería y transporte, con gran incidencia en la contratación pública.

¹⁷² Su texto se lo puede encontrar en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#> (revisado a octubre 2012).

En resumen, a pesar de la normativa comunitaria andina, por no existir instrumentos que viabilicen el reconocimiento y aceptación de títulos profesionales (esenciales en materia de consultoría), y en vista de algunas excepciones adoptadas por los países, todavía no se puede aplicar sus normas en toda su extensión, pues en caso contrario, Ecuador estaría incumpliendo sus disposiciones al adoptar, en materia de consultoría, un régimen de discriminación a través del cierre de la posibilidad de participación de consultores extranjeros.

La gran conclusión de este análisis es que la normativa ecuatoriana, empezando por su Constitución, contiene previsiones de apoyo a la producción nacional que son incompatibles con normativa internacional de contratación pública cuya esencia es la amplia competencia no discriminatoria.

2.2.2.5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas.

El fundamento de este objetivo consta en el Art. 288 de la CRE, que establece la obligación de priorizar los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Los actores de la denominada economía popular y solidaria –EPS-, más allá de lo que establece el Art. 283 de la propia CRE¹⁷³, están identificados en

¹⁷³ Art. 283 CRE: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene como objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine.

la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario –LOEPS-, publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

Esta Ley delimita y precisa quiénes son los actores de la economía popular y solidaria, a saber: en primer lugar, el Sector Comunitario¹⁷⁴ que es el conjunto de organizaciones, vinculadas por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, urbanas o rurales; o, de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que, mediante el trabajo conjunto, tienen por objeto la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes o servicios lícitos y socialmente necesarios, en forma solidaria y auto gestionada.

En segundo lugar, el Sector Asociativo¹⁷⁵, definido como el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias, con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada.

Un tercer sector es el Cooperativo¹⁷⁶, el cual viene a ser el conjunto de cooperativas entendidas como sociedades de personas que se han unido en forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de

La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

¹⁷⁴ Arts. 15 A 17 LOEPS.

¹⁷⁵ Arts. 18 a 20 LOEPS.

¹⁷⁶ Arts. 21 a 72 LOEPS.

gestión democrática, con personalidad jurídica de derecho privado e interés social.

Finalmente, las unidades económicas populares¹⁷⁷ son las que se dedican a la economía del cuidado, los emprendimientos unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas y talleres artesanales; que realizan actividades económicas de producción, comercialización de bienes y prestación de servicios que serán promovidas fomentando la asociación y la solidaridad. Se considerarán también en su caso, el sistema organizativo, asociativo promovido por los ecuatorianos en el exterior con sus familiares en el territorio nacional y con los ecuatorianos retornados, así como de los inmigrantes extranjeros, cuando el fin de dichas organizaciones genere trabajo y empleo entre sus integrantes en el territorio nacional.

Como se puede apreciar de la descripción anterior, se trata de unidades económicas a las cuales el estado ecuatoriano les dará un reconocimiento y tratamiento especial (fomento, promoción e incentivos), debido a su tradicional abandono y aislamiento en el contexto económico y social.

Uno de los mecanismos de fomento son las preferencias en la contratación pública, expresadas de la siguiente manera:

Artículo 132.- Medidas de fomento.- El Estado establecerá las siguientes medidas de fomento a favor de las personas y organizaciones amparadas por esta Ley:

1. Contratación Pública.- El ente rector del sistema nacional de contratación pública de forma obligatoria implementará en los procedimientos de contratación pública establecidos en la Ley de la materia, márgenes de

¹⁷⁷ Arts. 73 a 77 LOEPS.

preferencia a favor de las personas y organizaciones regidas por esta Ley, en el siguiente orden: Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria; y Unidades Económicas Populares.

La Feria Inclusiva será uno de los procedimientos de contratación que las entidades contratantes utilizarán para priorizar la adquisición de obras, bienes o servicios normalizados o no normalizados provenientes de las personas y organizaciones sujetas a esta Ley.

El ente rector de las compras públicas en coordinación con el Instituto establecerá las obras, bienes y servicios normalizados y no normalizados que deberán ser adquiridos a través de Feria Inclusiva y otros procedimientos.

Dado que la LOSNCP es anterior a la CRE, no incluyó originalmente a los agentes de la EPS dentro de su normativa, pero esto no era óbice para la aplicación de las preferencias establecidas en la legislación analizada, especialmente la LOEPS y el COPCI¹⁷⁸. A partir de la expedición de la LORLOSNC, los actores EPS tienen cabida expresa en la LOSNCP¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Ver Arts. 4 literal q; 5 literales e y g; y, 22.

¹⁷⁹ Artículo 25.2. de la LOSNCP introducido por la LORLOSNC. Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación.

La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

Para la aplicación de las medidas de preferencia se utilizará el siguiente orden de prelación:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas Empresas; y,
4. Medianas Empresas.

Estas medidas de preferencia se otorgarán siempre que su oferta se considere como de origen ecuatoriano de acuerdo con la regulación correspondiente.

Así mismo, las micro, pequeñas y medianas empresas –MIPYMES- ya cuentan con una identificación propia, incluida no en la LOSNCP, sino en el COPCI. Esta categorización se realizará en función de dos indicadores: ingresos anuales y número de trabajadores¹⁸⁰.

Siendo esos los parámetros que delimitan el universo de actores a quienes se dirigen estos privilegios, la LOSNCP prevé los siguientes mecanismos prácticos para materializarlas:

a) Compra de inclusión.

Consiste en un estudio que deben realizar las entidades antes de iniciar los procedimientos precontractuales, cuya finalidad es propiciar la participación local de artesanos y micro y pequeñas empresas –MIPE- dentro de las contrataciones¹⁸¹. Los resultados de ese estudio podrían sugerir contrataciones directas con estos agentes, o tal vez subcontrataciones con ellos, de parte del contratista.

b) Ferias inclusivas.

Estos procedimientos¹⁸² implican el encuentro de la demanda con la oferta que permite la participación, en calidad de proveedores, únicamente de los

¹⁸⁰ Art. 53.- Definición y Clasificación de las MIPYMES.- La Micro, Pequeña y Mediana empresa es toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código.

En caso de inconformidad de las variables aplicadas, el valor bruto de las ventas anuales prevalecerá sobre el número de trabajadores, para efectos de determinar la categoría de una empresa. Los artesanos que califiquen al criterio de micro, pequeña y mediana empresa recibirán los beneficios de este Código, previo cumplimiento de los requerimientos y condiciones señaladas en el reglamento.

¹⁸¹ El Art. 6 No. 4 de la LOSNCP define a este estudio y el Art. 23 de la misma ley reitera la obligación del estudio de compras de inclusión que se incorporará a los pliegos precontractuales.

¹⁸² LOSNCP Art. 6 No. 13. Feria Inclusiva: Evento realizado al que acuden las Entidades Contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación

productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas. En principio, no se establece ningún tipo de monto contractual para su aplicación, pero sí hay que notar que los sujetos antes indicados, para gozar de la preferencia, deben ofertar bienes, obras o servicios de producción nacional. Un añadido especial de la LORLOSNCNP señala que este procedimiento deberán usarlo las entidades contratantes de manera preferente, es decir, debería ser el primer tipo de procedimiento que se tenga en mente antes de iniciar el trámite pre contractual.

c) Contratación preferente.

Este concepto se refiere al mecanismo para privilegiar a las micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa¹⁸³.

Originalmente, en la LOSNCP, esta preferencia se aplicaba únicamente en los procedimientos de cotización y menor cuantía tanto para adquisiciones

incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento.

LOSNCNP reformada por la LORLOSNCNP Art. 59-1.- FERIA INCLUSIVA.- La FERIA INCLUSIVA es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

¹⁸³ LOSNCP reformada por la LORLOSNCNP Art. 52.- CONTRATACIÓN PREFERENTE.- En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen. Para la contratación de obra que se selecciona por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas, o sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato. Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.

de bienes y servicios como para obras, procesos en que en una primera instancia, los sujetos indicados excluían a las medianas y grandes empresas.

No obstante, la LORLOSNCNP ha modificado ese estatus, pues el actual Art. 25.2 de la LOSNCNP establece que la preferencia se aplicará en todos los procedimientos previstos en la ley, siempre que la oferta se considere de origen ecuatoriano. En efecto, los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas gozarán de estas preferencias mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros. En otras palabras, si un proveedor de tamaño grande compite con un actor de la economía popular y solidaria o una micro, pequeña o mediana empresa, pudiera verse afectado por la aplicación de cualquiera de esos mecanismos.

Además, la ley reformativa introduce un orden de prelación para aplicar las medidas de preferencia, a saber:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas Empresas; y,
4. Medianas Empresas.

Con esto, todo el Sistema Nacional de Contratación Pública (no solo los procedimientos de cotización y menor cuantía) debe operar afectado por estos mecanismos de preferencia y prelación a favor de los actores indicados, en un esfuerzo por lograr el macro objetivo de democratizar la contratación pública ecuatoriana.

Por su parte, el COPCI¹⁸⁴ propone mecanismos específicos para promoción y apoyo de las MIPYME y los actores de la EPS, cuya promoción y monitoreo corresponde al SERCOP:

- (i) Establecer criterios de inclusión para MIPYMES.
- (ii) Otorgar facilidades a las MIPYMES para que cuenten con información sobre los procesos en que puedan participar.
- (iii) Procurar la simplificación de trámites para la participación en las compras públicas.
- (iv) Que las entidades contratantes definan en el PAC los bienes, servicios y obras que puedan ser ejecutados por MIPYMES o actores EPS.
- (v) Difusión y publicación de oportunidades de negocio y resultados de las preferencias.

Vale la pena reflexionar sobre lo siguiente: la aplicación de cualquier tipo de ventaja o preferencia en favor de estos segmentos de proveedores, puede ocasionar, y de hecho ocasiona, que el Estado no compre un bien u obtenga un servicio en las mejores condiciones de calidad y costo, pues en primer lugar se trata de proveedores que no tienen altos niveles de tecnología en sus procesos, y en segundo lugar, por el hecho de eliminarse de la competencia a una parte de los posibles oferentes. El resultado puede ser entonces que se

¹⁸⁴ COPCI Art. 55.- Compras públicas.- Las instituciones públicas estarán obligadas a aplicar el principio de inclusión en sus adquisiciones. Para fomentar a las MIPYMES, el Instituto Nacional de Compras Públicas deberá incentivar y monitorear que todas las entidades contratantes cumplan lo siguiente:
a. Establezcan criterios de inclusión para MIPYMES, en los procedimientos y proporciones establecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública;
b. Otorguen todas las facilidades a las MIPYMES para que cuenten con una adecuada información sobre los procesos en los cuales pueden participar, de manera oportuna;
c. Procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del Estado; y,
d. Definan dentro del plan anual de contrataciones de las entidades del sector público, los bienes, servicios y obras que puedan ser suministrados y ejecutados por las MIPYMES.
El Instituto Nacional de Compras Públicas mantendrá un registro actualizado de las compras realizadas a la economía popular y solidaria y a las MIPYMES y divulgará estos beneficios a la ciudadanía, así como los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones. Las mismas obligaciones y parámetros técnicos para las compras inclusivas se deberán aplicar para beneficiar a los actores de la economía popular y solidaria.

adquieran productos más caros, con recursos públicos. Estaríamos frente a un subsidio indirecto, pues existe un desembolso de recursos del estado hacia un segmento determinado de la población.

La justificación de esta previsión proviene tanto del principio de igualdad material como de las políticas públicas.

El primero de ellos implica también la adopción de medidas de acción afirmativa (discriminación positiva) que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad¹⁸⁵. El derecho a participar del mercado público lo tienen todas las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para ofertar bienes y servicios al Estado, pero al tratarse de un tema de competencia y aprovechamiento de economías de escala, tienen mucha mayor aptitud para ganar los concursos aquellos proveedores considerados medianos o grandes. Por esa razón el tantas veces mencionado Art. 288 de la CRE manda a priorizar especialmente las ofertas de los actores de la EPS y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

En cuanto a las políticas públicas, las referencias más claras las encontramos en el COPCI, a saber:

- (i) Democratización del acceso a los factores de la producción¹⁸⁶;
- (ii) Promoción de las actividades de la EPS, así como la inserción y promoción de su oferta productiva estratégicamente en el mundo¹⁸⁷;
- (iii) Transformación de la matriz productiva a través de la implementación de una política comercial al servicio del desarrollo de todos los actores

¹⁸⁵ CRE: Art. 11 No. 2, inciso final.

¹⁸⁶ Art. 4 literal b.; Art. 59.

¹⁸⁷ Art. 4 literal q.

productivos del país, en particular, de los actores de la EPS y de las MIPYMES¹⁸⁸;

(iv) Transformación de la matriz productiva a través de la mejora de la productividad de los actores de la EPS y de las MIPYMES, para participar en el mercado interno, y, eventualmente, alcanzar economías de escala y niveles de calidad de producción que le permitan internacionalizar su oferta productiva¹⁸⁹;

(v) Elaboración de programas y proyectos con financiamiento público para: recuperación, apoyo y transferencia tecnológica, investigación, capacitación y mecanismos comercialización y de compras públicas¹⁹⁰;

Una vez más se ratifica que la contratación pública, para el estado ecuatoriano, es una herramienta fundamental para promover la mejora de la productividad, la innovación, la diversificación productiva y la inserción en los mercados internacionales de las MIPYME, artesanos y actores de la EPS.

El mérito de la LORLOSNCNP ha sido aclarar dos situaciones: establecer de manera expresa que los actores de la EPS son sujetos de trato prioritario dentro del SNCP y, en segundo lugar, disponer que los mecanismos de incentivo a las MIPYME, artesanos y actores de la EPS se deben implementar en todos los procedimientos de contratación pública y no solamente en algunos de ellos o en contrataciones bajo ciertas cuantías, pues ese no fue el mandato constitucional¹⁹¹.

¹⁸⁸ Art. 5 literal e.

¹⁸⁹ Art. 5 literal g.

¹⁹⁰ Art. 22 literal b.

¹⁹¹ De acuerdo a la redacción original del Art. 52 de la LOSNCP, la contratación preferente estaba referida únicamente a dos tipos de procedimientos: cotización y menor cuantía.

2.2.2.6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna.

Este objetivo tiene que ver con la eficiencia y la oportunidad, que sin duda son elementos que implican también ahorro de costos y recursos. Si un proceso precontractual demora y exige mucho tiempo de funcionarios públicos, el costo de la transacción es mayor. Signos de agilidad y simplificación encontramos en tiempos más cortos de los procesos, procedimientos de compra dinámicos, existencia de modelos de documentos precontractuales, y en general, el uso de las tecnologías de la información y comunicación –TIC- al servicio de la contratación pública. Y para hablar del uso de las TIC, es necesario referirnos a tres disposiciones constitucionales que indican que todas las personas tienen derecho al acceso universal de las tecnologías de información y comunicación, especialmente las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan en forma limitada (Art. 16 No. 2; Art. 17 No. 2); y en el énfasis que se debe poner en el desarrollo de tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional (Art. 385 No. 3).

A modo de ejemplificación, procedemos a hacer una comparación de los tiempos empleados en la fase precontractual de una licitación, en la legislación anterior y en la nueva LOSNCP. Para este ejercicio únicamente se tomarán en cuenta los plazos finales de las correspondientes sub etapas, no los intermedios que no inciden en el cálculo total, como puede ser el período de aclaraciones y preguntas que siempre será dentro del período comprendido entre la convocatoria y la recepción de ofertas.

Se ha escogido la licitación por ser el procedimiento típico y el más completo en ambas legislaciones, a la vez que el más largo de todos, por

contemplar todas las etapas y los tiempos más extensos dentro del menú de procedimientos precontractuales.

En la tabla siguiente, la primera columna contiene los principales hitos del procedimiento precontractual de una licitación, en la segunda columna se detallan los plazos que establecía la ley anterior para llevar adelante el proceso, mientras que en la tercera columna constan los plazos de acuerdo a la nueva ley.

ETAPA PRECONTRACTUAL – Hitos	TÉRMINOS LEY ANTERIOR	TÉRMINOS LOSNCP
Convocatoria	3 días	1 día
Fecha límite de presentación de propuestas	Entre 18 y 48 días	Entre 10 y 30 días, en casos excepcionales de contrataciones de obra, hasta 45 días
Apertura de los sobres	1 día	1 día
Comisión técnica para evaluación de ofertas	10 días de la apertura de los sobres	Hasta 10 días. En casos especiales hasta 15 días
Aclaraciones sobre el informe de la comisión técnica	5 días de notificada	No aplica
Decisión de Adjudicación	10 días	No aplica

Notificación de la adjudicación	3 días	1 día
Informes de Contraloría y Procuraduría	15 días	No aplica
TOTAL (tiempos máximos)	Hasta 95 días hábiles	Hasta 63 días

Tabla 2. Comparación de plazos de la licitación.

Fuente: Codificación de la Ley de Contratación Pública y LOSNCP.

Elaboración: propia.

Al comparar los tiempos previstos en la antigua ley versus la nueva, podemos apreciar que con la reforma se produjeron mejoras a la economía y eficiencia del procedimiento. Este ejercicio meramente aritmético, que toma en cuenta únicamente los términos máximos legales en ambos casos, no considera otras incidencias que hacían que el procedimiento precontractual anterior en licitación fuera mucho más dilatado de lo que aparecía, como por ejemplo: al no existir mecanismos electrónicos, cada cambio de hito debía hacerse con notificaciones escritas; para ampliar el término de presentación de ofertas, se debía contar con aprobación de la Contraloría, a más de notificación por la prensa y por escrito a quienes hubieran adquirido las bases de licitación; existía posibilidad de que los informes de Procuraduría y Contraloría se extendieran en el término por solicitar aclaraciones o nueva documentación; entre otros aspectos que influían sobre la extensión de los tiempos.

No obstante, existen procedimientos nuevos que son incomparables, cuales son los dinámicos, en donde la eficiencia en el uso de los tiempos es palpable.

En definitiva, dentro de este objetivo es fundamental apreciar los beneficios de la contratación pública electrónica, según nos comentan Suárez y Laguado:

Lo que hoy en día se concibe como contratación pública por medios electrónicos es la aspiración de modernizar la administración pública en relación con sus adquisiciones, que empieza por generar canales y formas de comunicación entre el ciudadano-empresario y los gobiernos y sus entidades públicas, usualmente a través de la Internet, con el objeto de poner a disposición de la comunidad la mayor cantidad de información sobre contratación pública y que transita paulatinamente hacia etapas más complejas que permiten que las partes del contrato (y la comunidad en general) interactúen por medios remotos de comunicación para finalmente poder, en una etapa más avanzada, celebrar la transacción de forma segura.

Ese largo proceso de reingeniería de la contratación pública hace parte del proyecto de Gobierno Electrónico que se implemente en cada país. Los beneficios que el gobierno electrónico genera para la comunidad se vierten también a los usuarios del sistema de contratación pública. La contratación Pública por medios electrónicos, es una matización del gobierno electrónico, que como se dijo, tiene como una de sus expresiones al G2B (Gobierno-Empresa) a través de la cual se promueve la explotación de la interoperabilidad de las tecnologías de la información para añadir valor a la relación entre el gobierno y las empresas. (Suárez y Laguado, 2007: 28).

El Banco Mundial nos trae una definición de Gobierno Electrónico, que es importante citar:

"E-Government" se refiere a la utilización por los organismos gubernamentales de las tecnologías de la información (tales como redes de área ancha, Internet y la informática móvil) que tienen la capacidad de transformar las relaciones con los ciudadanos, empresas y otras ramas del gobierno. Estas tecnologías pueden servir para una variedad de fines diferentes: mejorar la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos, una mejor interacción con las empresas y la industria, el empoderamiento ciudadano a través del acceso a la información, o una gestión gubernamental más eficaz. Los beneficios resultantes pueden ser menor corrupción, mayor transparencia, una mayor comodidad, el crecimiento de los ingresos, y / o reducciones de costos¹⁹².

También es fundamental considerar la definición que nos propone la "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico"¹⁹³, enunciada de la siguiente manera:

A los efectos de la presente Carta Iberoamericana se entienden las expresiones de "Gobierno Electrónico" y de "Administración Electrónica" como sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y la eficiencia de la gestión pública e

¹⁹² Corresponde a una traducción del autor de la tesis. El texto original está en idioma inglés: "E-Government" refers to the use by government agencies of information technologies (such as Wide Area Networks, the Internet, and mobile computing) that have the ability to transform relations with citizens, businesses, and other arms of government. These technologies can serve a variety of different ends: better delivery of government services to citizens, improved interactions with business and industry, citizen empowerment through access to information, or more efficient government management. The resulting benefits can be less corruption, increased transparency, greater convenience, revenue growth, and/or cost reductions.

La definición se la puede ver en la siguiente dirección:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONS/EXTTECHNOLOGIES/EXTGOVERNMENT/0..contentMDK:20507153~menuPK:702592~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:702586,00.html> (revisado a octubre 2012).

¹⁹³ Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Pucón, Chile, 31 de mayo y 1 de junio de 2007, cuyo texto se puede ver en <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view> (revisada a octubre 2012).

incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

Las dos definiciones traídas para mejor comprender el alcance de la contratación pública electrónica (e-GP por sus siglas en inglés), a través del uso de las TIC, señalan como norte conceptos de eficiencia, lo que entraña agilidad y simplicidad.

2.2.2.7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional.

Uno de los mecanismos de control es la participación de la ciudadanía en la vigilancia, monitoreo y seguimiento de las acciones de sus gobernantes y representantes en el quehacer de la contratación pública.

Si bien es cierto que en el punto 2.1.3.1. de esta investigación ya se hizo mención a que existen normativas específicas sobre la participación ciudadana y las veedurías, como uno de sus mecanismos, la LOSNCP da una relevancia particular a esta materia en relación con la contratación pública. De allí que es perfectamente factible que el SERCOP pueda organizar o dar parámetros para la realización de veedurías a los procedimientos de contratación estatal, en el marco del SNCP, tanto más que es una de sus atribuciones según lo señala el Art. 10 numeral 14 de la propia LOSNCP¹⁹⁴.

La participación de la ciudadanía como observadora de procesos, podría aportar mucho a la transparencia, pero así mismo, se requiere tomar precauciones para que los veedores no jueguen roles interesados. Garantizar

¹⁹⁴ De acuerdo al Art. 10 No. 14 LOSNCP, es atribución del INCOP: “Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento”.

la idoneidad de los veedores se vuelve entonces fundamental. En esa línea, el INCOP, mediante Resolución No. 029-2009¹⁹⁵, expidió el procedimiento para regular las actividades de veeduría ciudadana del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde pone énfasis en la necesidad de separar la labor de veedores con el ejercicio de actividades políticas, comerciales, religiosas o de otro índole que la pudiera volver subjetiva¹⁹⁶.

La LORLOSNCNP pone en vigencia la Disposición General octava¹⁹⁷ que implica también la participación ciudadana, pues se confiere a la ciudadanía en general la posibilidad de denunciar actos de corrupción en materia de contratación pública. En verdad, esta disposición no aporta novedad, pues el marco de regulación pro transparencia del Estado así lo prevé.

2.2.2.8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales.

En los puntos 2.1.1. y 2.1.2. que anteceden ya se hizo hincapié en la importancia de la vinculación de la contratación pública con la planificación estatal y la formulación de presupuestos. Podríamos añadir a lo dicho que existen mecanismos y herramientas para hacer efectiva esta vinculación o sujeción.

¹⁹⁵ RO 37, 30/09/2009.

¹⁹⁶ En la práctica, la propia página del INCOP reporta un número limitado de convenios de veeduría vigentes: tres, lo que da cuenta de la bajísima incidencia de la ciudadanía en el control de la contratación pública. Ver

http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/c_de_convenios_veeduria_ciudadana

(revisado a julio de 2013).

¹⁹⁷ OCTAVA.- Acción Pública.- Se concede acción pública para denunciar cuando se detectare o tuviere conocimiento de actos de corrupción tanto por parte de la entidad contratante como del contratista, a través de la Contraloría General del Estado u otras instituciones de control y la sociedad civil, los que serán sancionados de acuerdo a los procedimientos administrativos, civiles o penales de comprobarse su responsabilidad”.

En efecto, la LOSNCP exige a toda entidad contratante¹⁹⁸ que elabore, apruebe y publique su *Plan Anual de Contrataciones –PAC-* vinculado al Plan Nacional de Desarrollo¹⁹⁹. Por lo tanto, el PAC no solamente es una necesidad racional desde la lógica de ordenar el gasto presupuestario destinado a la contratación estatal, sino que es una obligación de las entidades contratantes²⁰⁰.

El PAC se constituye en el principal elemento de vinculación (o sujeción, como señala la Ley) entre la contratación pública y la planificación estatal. Este mismo instrumento es ideal para establecer sistemas de coordinación con los presupuestos institucionales, pues cada contratación prevista puede relacionarse con la partida presupuestaria correspondiente. Esto es además perfectamente factible puesto que el SERCOP tiene a su cargo la expedición de lineamientos generales que sirvan de base para la formulación y difusión de los planes de contratación, y además fomentar la interconexión de plataformas tecnológicas²⁰¹. Adicionalmente, al organismo rector de la contratación pública le compete verificar el cumplimiento de parte de las entidades contratantes de los planes y presupuestos institucionales referidos a la contratación pública²⁰².

¹⁹⁸ De acuerdo a la definición que consta en el numeral 12 del Art. 6 de la LOSNCP, entidades contratantes son todos los organismos y personas jurídicas que se sujetan a la Ley, según su Art. 1.

¹⁹⁹ LOSNCP Art. 22.- Plan anual de contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado. El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPÚBLICAS. De existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso.

El contenido del Plan de contratación y los sustentos del mismo se regularán en el Reglamento de la presente Ley.

²⁰⁰ Si bien es cierto la Ley exige que el PAC se publique en el portal institucional y que “interopere” con el Portal www.compraspublicas.gov.ec, el Art. 25 del actual RGLOSNCP dispone que se publique en este último.

²⁰¹ LOSNCP, Art. 10 numerales 3, 10 y 11.

²⁰² LOSNCP, Art. 14 numeral 3.

2.2.2.9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.

La modernización de los procesos de contratación pública implica una labor de reingeniería legal, reglamentaria y operativa para que, en todas las etapas de la contratación pública, se establezcan y cumplan principios de eficiencia.

El país no ha llegado a cuantificar los impactos económicos de esta modernización, pero se pueden analizar algunos elementos que revelan un efectivo avance en este sentido:

- (i) Reducción de costos al proveedor derivado de gastos en periódicos y publicaciones de convocatorias; adquisición de bases precontractuales; inscripción en registros de proveedores de cada entidad contratante; documentos a presentarse para cada inscripción; eliminación de contribuciones por informes para Contraloría y Procuraduría; y, eliminación de garantía de seriedad de la oferta.
- (ii) Reducción de costos para las entidades contratantes por publicaciones en la prensa para convocatorias y otros efectos de la contratación pública.
- (iii) Reducción de tiempos de los procedimientos en general, por eliminación de trámites y por notificaciones y actuaciones electrónicas.
- (iv) Documentos precontractuales modelo, que implica únicamente adaptarlos a las necesidades particulares.
- (v) Menos tiempo de funcionarios en la tramitación y toma de decisiones de contratación pública.

Todo este esfuerzo de modernización no solamente aporta eficiencia a la contratación pública, sino que también representa ahorros para la economía nacional en su conjunto. Quienes piensan que la contratación pública se sustancia solo en reglas y trámites a respetar, encuentran aquí algunas claves de por qué es estratégico ocuparse de esta materia.

2.2.2.10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público.

Es necesario indicar que el control es un factor determinante para apuntalar la transparencia en la contratación pública, generar efectos disuasivos de malas conductas, y preservar el buen manejo de los recursos públicos. No obstante, se debe tomar en cuenta que el exceso de controles puede no traer consecuencias beneficiosas en la eficiencia.

También es lugar común en la política legislativa de los países alojar en las normas generales sobre contratación pública, viciosamente, la idea de que “más control – igual- más transparencia”, con el temor y la tal vez fundada creencia de que la única forma de contar con un sistema de adquisiciones públicas transparente debe partir de un sinnúmero de prácticas de control, supervisión y vigilancia de los procesos de contratación. Esta práctica y creencia de que para transparentar los procesos es necesario controlarlos, atenta lastimosamente contra la debida eficiencia que debe estar presente en las contrataciones públicas, esa misma que debe ir acompañada de una autonomía funcional del gestor público contractual y de un ambiente de confianza mutua entre la oferta y la demanda de bienes para el sector público. (Suárez y Laguado, 2007: 6).

En efecto, hay que notar que la tradición del país ha sido la sobre regulación buscando más controles y la creación de múltiple institucionalidad sobre transparencia y anti corrupción. A nuestro juicio, se debe trabajar en dos cuestiones fundamentales: un cambio en la cultura no solo de los compradores públicos y vendedores, sino de la sociedad en su conjunto (involucra aspectos educacionales, lo que implica un trabajo a mediano y largo plazo) y acciones efectivas con mecanismos prácticos. Para que los sistemas de control de gestión y transparencia sean eficientes, deberían apoyarse en las TIC. Eso facilitaría la tarea de monitoreo de los procedimientos precontractuales y la ejecución de los contratos, amén que propiciaría una interoperación de sistemas electrónicos.

2.2.2.11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

El objetivo plantea una notable complejidad a la hora de su cumplimiento. Hay dos finalidades en este enunciado: la primera es incentivar y la otra es garantizar. Desde luego, el incentivo puede darse a través de mecanismos de difusión, promoción y atracción de esos proveedores, confiables y competitivos, para que formen parte del SNCP. No obstante, la misión de garantizar la participación de proveedores de esas características muestra otros ribetes. La confiabilidad de un proveedor estaría dada, en parte, por su habilitación en el Registro Único de Proveedores –RUP-, que involucra un proceso de verificación de su aptitud y capacidad legal para ofertar bienes y servicios al Estado.

La confiabilidad implica también la verificación de que el proveedor no esté incurso en las inhabilidades generales y especiales para contratar con el sector público, expresadas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP. Esa verificación corre de cuenta de cada una de las entidades contratantes.

Pero otra fuente importante de confiabilidad debería ser la evaluación del proveedor o contratista en su gestión histórica como tal, aspecto cuyo mecanismo debería diseñarse y desarrollarse dentro del SNCP. Hay que reconocer que a la fecha no existe ningún avance en dicho sentido.

Ahora bien, la condición de proveedor competitivo sería la de aquél que puede presentar una oferta sostenible y rentable en mejores condiciones que las de sus competidores, y que a la vez sea considerada la mejor por su calidad y costo para la entidad contratante. Conferir una garantía de que este tipo de proveedores participen en la contratación pública es un tema utópico, aunque deseable.

Lo último que se podría añadir es que en tanto que el sistema en su conjunto funcione de manera clara, sencilla y transparente, mucha más confianza generará en proveedores confiables y competitivos. Aspectos tales como procesos dirigidos, especificaciones técnicas sesgadas, evaluaciones cargadas de subjetividad y arbitrariedad, decisiones sin motivación, retardos en los pagos y abuso de las potestades públicas a la hora de tomar decisiones en la ejecución contractual, ahuyentan a este tipo de proveedores. El resultado será contratar con ineficiencia, a precios altos y con calidad cuestionada.

2.3. *El modelo institucional.*

Partamos, en este análisis del modelo institucional, de la recomendación efectuada por el MESICIC, referente a fortalecer los mecanismos de control del

sistema de contrataciones del Estado, para lo cual se sugirió como medida, la siguiente:

Crear un organismo rector de la contratación pública, a la cual (SIC) se sujetarían todos los organismos y dependencias del Estado sin excepción, el cual promovería la formulación de información y estadísticas, desarrollaría procedimientos estandarizados, promovería la capacitación y profesionalización de los funcionarios públicos, desarrollaría un registro de proveedores, mantendría una lista de precios unitarios y planificaría la contratación pública con una visión de desarrollo social²⁰³.

Claramente se nota que el perfil de ente rector que sugiere el MESICIC es el de un organismo con facultades más administradoras que ejecutoras. Tampoco da mucha relevancia a un aspecto, para nosotros, clave, como es la regulación. En todo caso, el Comité de seguimiento destaca que, luego de la explicación realizada por Ecuador, esta recomendación ha sido “[...] considerada satisfactoriamente.”

Resta añadir que “La creación de organismos rectores es el elemento común en la implementación de la política de contratación pública en América Latina.”²⁰⁴, aunque se debe reconocer que existen distintos modelos. El análisis que sigue revela la importancia de que el SNCP cuente con un ente rector con facultades suficientes para posibilitar el logro de sus objetivos prioritarios.

²⁰³ Informe Final sobre el Ecuador, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010; http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf (revisado a octubre 2012).

²⁰⁴ Hernán Moreno Escobar, *Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública de América Latina: sistemas de compras y contratación*, Taller Avances en Gobierno Electrónico para mejorar la Transparencia, CEPAL, Naciones Unidas, 2010, p. 12, <http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf> (revisado a octubre 2012).

2.3.1. Análisis comparado de modelos institucionales.

Con el fin de contar con un panorama de referencia y perfilar los posibles ajustes al modelo institucional y de control del SNCP, conviene hacer un acotado análisis de modelos institucionales comparados de América Latina. Especialmente se analizarán los casos de Chile, Panamá, Paraguay y Perú pues tienen organismos reguladores de la contratación pública con facultades comparables a las del SERCOP, y sistemas informáticos de contratación pública que se rigen bajo los mismos parámetros de funcionamiento del Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano – SOCE-.

Aunque otros países del continente también pudieran analizarse por sus avances en contratación electrónica, su modelo institucional no es comparable. Por ejemplo, Brasil, México y Argentina, al ser países federales, tienen oficinas que se encargan de la administración y regulación de sus sistemas dentro de instituciones mayores. En Brasil, la “[...] Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI - é responsável pela regulamentação das compras e contratações e também pelas normas relacionadas ao uso de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal”²⁰⁵. Esta secretaría es una unidad del Ministério do Planejamento. Su ámbito institucional corresponde a la Administración Pública Federal directa, autárquica y fundacional. Esto quiere decir que no se ocupa de la contratación pública de los estados federados. Sus competencias son planear, coordinar, supervisar y orientar normativamente las actividades del Sistema de Administración de Recursos de

²⁰⁵ <http://www.mp.gov.br/secretaria.asp?sec=7> (revisado a octubre 2012).

Información e Informática, proponiendo políticas y directrices de Tecnología de la Información.

En México, dentro de la Secretaría de la Función Pública funciona la Subsecretaría de Responsabilidades Administrativas y Contrataciones Públicas, la que tiene a su haber “Proporcionar medios electrónicos ágiles y transparentes para las contrataciones y la realización de trámites gubernamentales” así como “Vigilar que las licitaciones y las contrataciones gubernamentales que utilicen recursos públicos federales se lleven de forma adecuada y que existan mecanismos idóneos para prevenir la corrupción”²⁰⁶.

Dentro de esta Subsecretaría existen dos Unidades: la de Política de Contrataciones Públicas y la de Normatividad de Contrataciones Públicas.

La Unidad de Política de Contrataciones Públicas tiene como objetivo implantar y evaluar una política de contrataciones públicas orientada a asegurar las mejores condiciones para el Estado, fundada en la promoción de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, imparcialidad y honradez, así como desarrollar un sistema de contratación pública dinámico, simplificado y moderno que promueva estrategias que incorporen las mejores prácticas nacionales e internacionales en la materia, así como la utilización de tecnologías de la información y comunicación²⁰⁷. Despliega fundamentalmente atribuciones de estudios, estrategia y ejecución de acuerdos marco y otras soluciones de agrupación de demanda. A su vez, la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas, presenta como su objetivo organizacional lograr un marco jurídico-administrativo dinámico, simplificado y moderno que eficiente y transparente las contrataciones gubernamentales y la administración de los

²⁰⁶ <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/ua/sracp/mision-vision-y-objetivos.html> (revisado a junio de 2013)

²⁰⁷ <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/ua/sracp/upcp.html> (revisado a junio de 2013).

bienes muebles de propiedad federal mediante la elaboración y actualización de normas, emisión de criterios normativos, atención de consultas y otorgamiento de asesoría preventiva en los procedimientos de contratación, así como la coordinación de acciones para la participación de testigos sociales en dichos procedimientos²⁰⁸. Fundamentalmente, esta Unidad se encarga de los aspectos regulatorios de las contrataciones públicas del gobierno federal de México.

En Argentina, la Oficina Nacional de Contrataciones es una dependencia de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión, que a su vez pertenece a la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros²⁰⁹. La Subsecretaría de Tecnologías de Gestión tiene como grandes facultades la planificación, el desarrollo y la supervisión del Plan Nacional de Gobierno Electrónico, en un esfuerzo por “incorporar las TIC a la gestión pública para prestar mejores servicios a los ciudadanos, aumentar la transparencia, brindar nuevos canales de participación y facilitar la integración de personas, grupos sociales y regiones”²¹⁰. La Subsecretaría, en lo atinente a las contrataciones públicas, fundamentalmente debe proveer soluciones tecnológicas para lograr la eficacia del proceso de compra de la Administración Pública Nacional, y establece normativas para su uso.

Otros casos que podrían considerarse son los de Uruguay y Colombia, que recientemente han creado sendas agencias reguladoras de compras públicas, no obstante, no se las incluye en este análisis dado que, por su

²⁰⁸ <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/ua/sracp/uncp.html> (revisado a junio de 2013).

²⁰⁹ <http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onc/onc.html> (revisado a junio de 2013).

²¹⁰ <http://www.jgm.gov.ar/sgp/paginas.dhtml?pagina=16> (revisado a junio de 2013).

reciente nacimiento jurídico, todavía se encuentran en proceso de estructuración y consolidación²¹¹.

2.3.1.1. El modelo chileno.

La Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios promulgada el 11 de julio de 2003²¹² -en adelante Ley de Contratos Administrativos-, con última modificación a marzo de 2010, regula “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones [...]”²¹³. Esto marca ya una importante diferencia respecto al SNCP que involucra también las contrataciones de obras públicas, que no están contenidas en el ámbito de la ley chilena.

Así mismo, los sujetos obligados por sus normas en condición de entidades contratantes son más acotados en el caso chileno, pues la ley cubre únicamente los contratos de la Administración del Estado, entendida según el Art. 1 de la Ley No. 18.575 –Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-²¹⁴. Aquí se identifican a los ministerios, intendencias, gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el

²¹¹ La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado de Uruguay tiene vigencia a partir de la expedición del Decreto 150 de mayo de 2012, mediante el cual se actualiza el Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado TOCAF, con últimas reformas introducidas por Ley 18.834 de 4 de noviembre de 2011. El texto se lo encuentra en <http://www.comprasestatales.gub.uy/Documentos/tocaf17052012.pdf> (revisado a junio de 2013). En Colombia se creó la Unidad Administrativa Especial -Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, mediante Decreto 4170 de noviembre de 2011, según se informa en <https://www.contratos.gov.co/puc/agenciaNacional.html> (revisado a octubre de 2012).

²¹²

http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Orientacion_Normativa/Normativa_en_Compras_Publicas/Le_y_19886_01-03-2010.pdf (revisado a octubre 2012).

²¹³ Art. 1, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile.

²¹⁴ http://www.dipres.gob.cl/control_gestion/pmg/ley18575.pdf (revisado a junio de 2013).

cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las fuerzas de orden y seguridad pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley, aunque estas últimas están excluidas expresamente por el Art. 1 de la Ley de Contratos Administrativos. La suscripción de convenios marco no es obligatoria para las municipalidades, aunque pueden adherir en forma voluntaria, tampoco es obligatoria para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública, respecto de los bienes y servicios que respectivamente determine el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones²¹⁵. Así mismo, no abarca las contrataciones de las demás funciones del Estado ni de toda entidad que contrate con recursos públicos, a diferencia de la ley ecuatoriana.

Esta ley crea la Dirección de Compras y Contratación Pública, sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda. Esto marca también una diferencia en cuanto a la institucionalidad, pues como dependiente del Ministerio de Hacienda, no tiene suficiente jerarquía para asumir algunas facultades, especialmente las de regulación y control. Vamos a analizar sus facultades y atribuciones²¹⁶.

a) Facultad administradora.

²¹⁵ Estas excepciones a los convenios marco constan en el Art. 30 letra d) de la Ley de Contratos Administrativos, y son importantes dada la gran tendencia del sistema chileno de usar esta modalidad de compra.

²¹⁶ Art. 30 de la Ley de Contratos Administrativos.

Dentro de esta facultad, caben las atribuciones de licitar la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas, con la posibilidad de que la Dirección de Compras y Contratación Pública pueda operar directamente el sistema, en aquellos casos que señale el reglamento.

A diferencia del SERCOP, subyace una propensión a la *tercerización* de la operación del sistema electrónico de compras²¹⁷, pues su mandato es licitarlo y actuar como contraparte del operador, mientras que en el caso ecuatoriano, el SERCOP tiene la obligación de desarrollar y administrar el sistema directamente.

Así mismo, debe administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores.

b) Facultad reguladora.

Dentro de esta facultad, encontramos la atribución de establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.

c) Facultad promotora, formativa e informativa.

La Dirección de Compras y Contratación Pública debe asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.

También deberá promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar

²¹⁷ www.chilecompra.cl (Revisado a octubre de 2013).

la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta.

Esta facultad promotora, formativa e informativa incorpora un aspecto muy relevante, más allá de la capacitación: los programas de calificación y evaluación contractual. Esto apunta a formar un cuerpo de funcionarios públicos que actúen en contratación pública desde los diferentes niveles y áreas (legal, financiera, operativa, decisoria), con el fin de alcanzar mejores niveles de gestión.

d) Facultad ejecutora.

De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, la Dirección podrá licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos sometidos a la ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas.

También podrá suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores.

Finalmente, podrá representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos sometidos a la ley, en la licitación de bienes o servicios. Habrá que considerar si esta atribución no conlleva un riesgo de entramiento administrativo, por la congestión de procedimientos que pudiera darse en un momento dado en manos de la Dirección.

Este análisis permite visualizar que en caso chileno existe una institucionalidad con menos pretensiones y menos atribuciones que las del SERCOP. Nos parece que este modelo institucional puede alcanzar altos niveles de eficiencia, puesto que básicamente su finalidad será la administración del sistema electrónico de contrataciones, la promoción, difusión y capacitación, así como la de llevar a cabo la selección y suscripción de convenios marco. También se evidencia que el tipo de procedimientos que administra es menor (solo tres, uno de los cuales: la licitación, es usado por la propia Dirección para seleccionar a los proveedores que conformarán los convenios marco) lo que facilita la gestión del sistema.

La ausencia de políticas públicas detrás del modelo de contratación pública chileno es un factor que condiciona su modelo institucional, orientándolo hacia la prevalencia de la facultad administradora. Dicho de otra manera, las políticas públicas implícitas del sistema chileno son la eficiencia, la no discriminación y la competencia.

No se identifica ninguna atribución de verificación o control.

Para completar el análisis del modelo chileno, debemos referirnos al tratamiento de los reclamos administrativos. La propia Ley de Contratos Administrativos, en su Art. 22, crea el Tribunal de Contratación Pública con competencia para "[...] conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley"²¹⁸.

²¹⁸ Art. 24 Ley de Contratos Administrativos.

Se habla de una verdadera acción de impugnación ante un tribunal de naturaleza no judicial, sino administrativa, que procede contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitraria que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. Las etapas fundamentales del procedimiento son la interposición de la acción (plazo de diez días desde que el interesado y pretendido afectado conozca la acción u omisión), el pronunciamiento de la entidad acusada sobre la pretensión (plazo fatal de diez días desde que el Tribunal le notifique), un eventual término de prueba (diez días hábiles) y un nuevo término para que se cumplan medidas para mejor proveer ordenadas por el propio Tribunal (diez días hábiles adicionales), y finalmente, la sentencia (diez días hábiles contados desde que se llama a las partes a oír sentencia). La sentencia dictada por el Tribunal puede ser susceptible de recurso de reclamación, que será resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago. El Tribunal tiene potestad para “[...] decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación”²¹⁹.

Un esquema como éste tiene ventajas y desventajas. Las ventajas son obvias: un tercero imparcial que conozca las reclamaciones y protestas frente a posibles arbitrariedades o ilegalidades tiende a garantizar la transparencia en el funcionamiento de las contrataciones públicas. Esa es otra razón para que la Dirección de Compras y Contratación Pública no tenga atribuciones relacionadas con verificación, control o sanciones. No obstante, las desventajas pueden ser un atentado a la eficiencia de las actuaciones precontractuales; congestionamiento del Tribunal; amplia burocracia para el despacho de las

²¹⁹ Art. 25 Ley de Contratos Administrativos.

reclamaciones; y, demoras en la obtención de bienes y servicios por parte de las entidades contratantes.

2.3.1.2. El modelo panameño.

Nuestra guía normativa para analizar este modelo será la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública²²⁰ –en adelante Ley de contratación pública-.

Su ámbito de aplicación alcanza a las contrataciones realizadas por el gobierno central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento o más de sus acciones o patrimonio así como los que se efectúen con fondos públicos y bienes nacionales. Su ámbito desde el punto de vista subjetivo es amplio, al igual que en su contenido material u objetivo, pues abarca bienes, servicios, obras, operación o administración de bienes e inclusive concesiones.

La Dirección General de Contrataciones Públicas es una entidad autónoma, con patrimonio propio, personería jurídica, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones, con facultad para regular, interpretar, fiscalizar y asesorar en los procedimientos de selección de contratistas. Su enlace con el órgano ejecutivo será el Ministerio de Economía y Finanzas²²¹. Su régimen de competencias²²² es el que sigue:

220

http://www.panamacompra.gob.pa/portal/files/Legislacion/Leyes/TEXTO_UNICO_LEY_22_2006_VER_S_FINAL_11_06_2006.pdf (revisado a octubre 2012). Esta norma ha sido reformada por las siguientes leyes: Ley 35-2006; Ley 2-2007; Ley 21-2008; Ley 41-2008; Ley 69-2009; Ley 80-2009; Ley 12-2010; Ley 30 2010; Ley 66-2010; y, Ley 48-2011 .

²²¹ Art. 9 Ley de contratación pública.

²²² Art. 10 Ley de contratación pública.

a) Facultad verificadora y de control.

La Dirección debe ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a la ley, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.

Además debe fiscalizar los procedimientos de selección de contratista que celebren las entidades públicas.

b) Facultad administradora.

Deberá implementar y establecer las condiciones de funcionamiento y de organización del registro de proponentes para contrataciones electrónicas, del registro de contratos y del registro de contratistas inhabilitados y sancionados.

También es su atribución confeccionar, estructurar y administrar el catálogo electrónico de productos y servicios, así como desarrollar, organizar, operar, controlar los procesos y recursos, evaluar, fiscalizar y administrar eficazmente el sistema electrónico de contrataciones públicas PanamaCompra²²³.

c) Facultad reguladora.

Compete a la Dirección dictar actos administrativos que garanticen la aplicación de la ley y que posibiliten su propio funcionamiento y su interrelación con los demás organismos.

La estandarización de los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación también es parte del quehacer de la Dirección.

²²³ <http://www.panamacompra.gob.pa/portal/portalpanama.aspx> (Revisado a octubre de 2012).

Emitir las políticas y lineamientos generales para el diseño, la implementación y el funcionamiento del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” en coordinación con la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental, es la última competencia dentro de esta facultad.

d) Facultad promotora, formativa e informativa.

Debe absolver consultas en materia de implementación y aplicación de la ley. También es su rol asesorar a las entidades públicas en la planificación y gestión de sus procesos de contrataciones.

Otra atribución es promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes.

Finalmente, ejercer una labor de difusión hacia los proveedores potenciales de la administración, de las normativas, los procedimientos, y las tecnologías utilizadas.

e) Facultad ejecutora.

Dentro de esta facultad, se destaca la competencia de realizar las licitaciones de convenio marco.

f) Facultad resolutoria.

El deber de resolver, en única instancia, las acciones de reclamo que se presenten en los procesos de selección de contratista efectuados en las entidades públicas, corresponde a esta facultad.

g) Facultad sancionadora.

Se prevé la imposición de multas a los servidores públicos que violen los principios y las normas de contratación pública previstos en la ley.

El modelo panameño presenta además un Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, competente para conocer el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por el cual se rechazan las propuestas; el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista; y, las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término de cinco días hábiles que tiene para resolver²²⁴.

En cuanto a las facultades administradora, reguladora, promotora informativa y ejecutora, es evidente la inspiración en el modelo chileno. No obstante, innova en cuanto a la facultad verificadora, con la capacidad de corregir o suspender procedimientos, y se dota de potestades resolutivas y sancionadoras. La corrección de procedimientos entraña una influencia directa sobre las decisiones de los entes contratantes, y por supuesto, también la resolución de reclamos e imposición de multas. Estas atribuciones requieren de una administración jerárquicamente posesionada, pues debe imponer sus decisiones a los demás entes públicos.

La capacidad de suspender un procedimiento precontractual, así como la facultad de absolver consultas relacionadas con la ley son aspectos que pudieran incorporarse en una reforma a la ley ecuatoriana. También es interesante la configuración de una instancia administrativa imparcial para resolver reclamos.

²²⁴ Art. 120 Ley de contratación pública.

2.3.1.3. El modelo paraguayo.

Son tres leyes las que fundamentalmente nos servirán de base para este análisis: la Ley 2051 de Contrataciones Públicas, aprobada por la Cámara de Diputados en noviembre de 2002²²⁵ -en adelante Ley de Contrataciones Públicas-; la Ley 3439 que modifica la Ley 2051/03 “De Contrataciones Públicas” y establece la Carta Orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas²²⁶, aprobada por la Cámara de Senadores en noviembre de 2007 –en adelante Ley modificatoria-; y, la Ley 4558 que establece mecanismos de apoyo a la producción y empleo nacional, a través de los procesos de contrataciones públicas²²⁷, aprobada por la Cámara de Senadores en septiembre de 2011 –en adelante Ley de apoyo a la producción nacional-.

El ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Contrataciones Públicas es similar al del caso ecuatoriano, pues prevé todo tipo de organismos o empresa pública y todos los niveles de gobierno, desde el central a los sub nacionales. La ley contempla los bienes, servicios, consultorías y obras.

Esta Ley crea la Unidad Central Normativa y Técnica, dependiente de la Subsecretaría de Administración Financiera del Ministerio de Hacienda, no obstante, mediante la Ley modificatoria de 2007, se la reemplaza por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, a la que se define como “[...]”

225

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=uQFmX5wfB2JfDYVVIhQI%2FN%2FbMG3XJEdlSW7U7RteHtFZbZbmGoV1hg%3D%3D> (revisado a octubre 2012).

226

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=uQFmX5wfB2JfDYVVIhQI%2FFSvzylzRIy5kQFNBOCQwQIZbZbmGoV1hg%3D%3D> (revisado a octubre de 2012).

227

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=OAwkXiYNi6QOh%2BTIKqR3782C1d%2Fp2D6FmxElfxpwY1aLVin1WtzvGUj3X0WcC%2BX4zfWY%2Fi0%2Be6hxnsEjO7olz8MIQRY%2FwV2UnrmTXigk7oApPT7t9tUIL1d3IHGoc7Ln2HT5Tf0%2BHI%3D> (revisado a octubre de 2012).

institución administrativa facultada para diseñar y emitir las políticas generales que sobre la contratación pública deban observar los organismos, las entidades y las municipalidades; y dictar las disposiciones para el adecuado cumplimiento de esta ley y su reglamento”²²⁸. Esta Dirección es dependiente y relacionada al Poder Ejecutivo mediante el Ministerio de Hacienda, no obstante, a la vez se califica como autónoma y autárquica, con personería jurídica de Derecho Público²²⁹. Como se ve, presenta una posición jerárquica más alta que la Dirección de Compras y Contratación Pública de Chile, y muy similar a la de Panamá, debido a sus competencias más relevantes, según pasamos a analizar.

a) Facultad verificadora y de control²³⁰.

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas verificará que los procedimientos de contrataciones públicas en cualquier etapa de su ejecución, se realicen conforme a lo establecido en la ley y reglamento. Para ello podrá realizar visitas o inspecciones a las Unidades Operativas de Contratación y tendrá acceso directo e irrestricto a documentos correspondientes a todas las etapas de contratación. Podrá solicitar a los proveedores y contratistas que participen en procedimientos de contratación todo tipo de dato o informe.

Recibirá informes de las Unidades Operativas de Contratación sobre los resultados de los procesos de ejecución de contratos y verificará la calidad de los bienes, servicios y obras contratados.

Realizará investigaciones de oficio o por denuncia fundada, para verificar que los actos de cualquier procedimiento de contratación se ajusten a la ley.

²²⁸ Art. 3, literal x) de la Ley de Contrataciones Públicas, reformada por la Ley Modificatoria.

²²⁹ Art. 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, reformada por la Ley Modificatoria.

²³⁰ Arts. 70, 71, 82 de la Ley de Contrataciones Públicas, reformada por la Ley Modificatoria; Art. 3 Ley Modificatoria.

También suspenderá el procedimiento de contratación, de manera temporal, y realizará revisiones técnico – normativas en las materias a que se refiere la ley.

Finalmente, requerirá, en los casos en que lo considere necesario y pertinente, a la Auditoría General que corresponda, la realización de las investigaciones para verificar el adecuado cumplimiento de las disposiciones de la ley.

b) Facultad administradora²³¹.

La Dirección deberá crear y mantener el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) el que estará conectado al Sistema Integrado de Administración de Recursos del Estado²³².

La creación, mantenimiento y administración de un registro de oferentes, proveedores y contratistas inhabilitados, así como un Sistema de Información de Proveedores del Estado, son atribuciones importantes.

Igualmente, deberá implementar el uso de la firma electrónica o digital así como diseñar, administrar y mantener el catálogo de bienes y servicios, de utilización obligatoria para las entidades, organismos y municipalidades.

c) Facultad reguladora²³³.

Son varias las atribuciones que se contemplan dentro de esta facultad, así: diseñar y emitir las políticas generales de contratación pública; dictar resoluciones respecto al planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución contractual, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de bienes, contratación de servicios, consultorías y obras públicas;

²³¹ Art. 3 de la Ley Modificatoria.

²³² <https://www.contrataciones.gov.py/sicp/login.seam?cid=9457> (revisado a octubre 2012).

²³³ Art. 3 de la Ley Modificatoria.

elaborar y difundir manuales de procedimientos y pliegos estándares de uso obligatorio para las entidades, organismos y municipalidades; reglamentar las funciones y atribuciones de las Unidades Operativas de Contratación y establecer los requisitos mínimos que deberán poseer los titulares de las mismas para su designación; establecer los parámetros de elaboración y dictar las normas para la aplicación de las fórmulas de reajuste de precios de los contratos a ser suscritos por las entidades, organismos y municipalidades; establecer las políticas generales de gobierno electrónico en el ámbito de las contrataciones públicas y dictar los lineamientos técnicos y administrativos para el uso de los medios remotos de comunicación electrónica; y, elaborar para cada ejercicio fiscal propuestas de normas inherentes a contrataciones públicas para ser insertadas en el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación.

d) Facultad promotora, formativa e informativa²³⁴.

Dentro de esta facultad, la Dirección deberá asesorar, capacitar y dar orientación a las Unidades Operativas de Contratación; realizar procedimientos de avenimiento cuando las partes lo requieran; y, fomentar y apoyar el desarrollo de programas de capacitación y especialización académica sobre la contratación pública.

e) Facultad ejecutora²³⁵.

Bajo esta facultad, la Dirección debe elaborar y administrar su presupuesto; establecer su organigrama, crear y estructurar las dependencias necesarias; y, autorizar las contrataciones por el sistema de abastecimiento simultáneo.

²³⁴ Art. 3 de la Ley Modificatoria.

²³⁵ Art. 3 de la Ley Modificatoria; Art. 7 Ley de apoyo a la producción nacional.

f) Facultad resolutive²³⁶.

Corresponde a la Dirección declarar, previa la sustanciación correspondiente, la nulidad de actos, contratos y convenios; anular los términos, requisitos de los llamados y los procedimientos o contratos que no se ajusten a la ley; y, conocer y resolver protestas.

g) Facultad sancionadora²³⁷.

En el contexto de esta facultad, debe inhabilitar temporalmente a los proveedores y contratistas para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos, por las causas señaladas en la ley y sancionar a proveedores, oferentes y contratistas por incumplimiento de las disposiciones de la ley.

Podemos apreciar una institucionalidad robusta, cargada de competencias no solamente en cuanto a la verificación, sino también con potestad de sanciones y resoluciones de reclamaciones y protestas administrativas. Este modelo tiene un fuerte componente de transparencia, antes que de eficiencia. Prácticamente se asimila a una superintendencia de la contratación pública, y por ello requiere un rango jerárquico alto dentro de la estructura del estado.

Los riesgos del modelo son la ineficiencia por sobrecarga de competencias, burocratización de su actividad, lentitud del sistema general de contrataciones, cruce de competencias con los organismos de control del estado y otros (por ejemplo cuando puede establecer requisitos para los puestos funcionales de la administración pública en materia de contrataciones).

²³⁶ Arts. 10, 82 de la Ley de Contrataciones Públicas, reformada por la Ley Modificatoria; Art. 3 Ley Modificatoria.

²³⁷ Art. 72 de la Ley de Contrataciones Públicas, reformada por la Ley Modificatoria; Art. 3 Ley Modificatoria.

Rescatamos como aporte para los intereses de mejora del sistema ecuatoriano la capacidad de suspensión temporal de procedimientos, como medida preventiva para corregir posibles incumplimientos, inobservancias o irregularidades antes que se consuman.

2.3.1.4. El modelo peruano.

Perú cuenta con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo 1017 de junio de 2008²³⁸. Su ámbito en cuanto a las entidades sometidas a sus normas cubre prácticamente todas las instituciones públicas, y en cuanto a los objetos de contratación, se refiere a bienes, servicios y obras²³⁹.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE- es un organismo público, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera²⁴⁰. Sus competencias son las siguientes²⁴¹:

- a) Facultad verificadora y de control.

Dentro de esta facultad deberá supervisar y fiscalizar, de forma selectiva o aleatoria, los procesos de contratación; poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los casos en que se observe transgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al estado o de comisión del delito; y,

238

<http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/TUO%201era%20edicion%202011con%20indice%20analitico.pdf> (revisada a octubre 2012).

²³⁹ Art. 3 Ley de Contrataciones del Estado.

²⁴⁰ Art. 57 Ley de Contrataciones del Estado.

²⁴¹ Art. 58 Ley de Contrataciones del Estado.

suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al estado o de comisión de delito.

b) Facultad administradora.

Deberá administrar y operar el registro nacional de proveedores; desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado²⁴²; y, organizar y administrar arbitrajes.

c) Facultad reguladora.

En ejercicio de esta facultad, deberá emitir directivas en materia de su competencia de aplicación de la ley y el reglamento.

d) Facultad promotora, formativa e informativa.

Corresponde al Organismo velar y promover el cumplimiento y difusión de la ley y promover las modificaciones que considere necesarias; absolver consultas sobre las materias de su competencia; promover la subasta inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados; y, proponer estrategias y realizar estudios destinados al uso eficiente de los recursos públicos y de reducción de costos.

e) Facultad ejecutora.

Deberá designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.

²⁴² www.osce.gob.pe (Revisado a octubre de 2012).

f) Facultad resolutoria.

El OSCE debe resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.

g) Facultad sancionadora.

El OSCE impone sanciones a los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores que contravengan las disposiciones de la ley.

Adicionalmente cuenta con un Tribunal de Contrataciones del Estado que forma parte de la estructura administrativa del OSCE, aunque tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Sus atribuciones son resolver las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección, y aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva de los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda²⁴³.

En definitiva, es un modelo institucional fuerte, aunque sin llegar a los niveles del paraguayo, que concentra en la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas todas las facultades, incluyéndose la resolutoria y sancionatoria, sin perder de vista que puede inclusive declarar nulidades de actos y contratos. En el caso peruano, esas atribuciones están distribuidas entre OSCE y el Tribunal, aunque éste está imbuido dentro de la propia estructura institucional, a diferencia de los casos chileno y panameño.

2.3.2. Características jurídico-administrativas del SERCOP.

²⁴³ Art. 63 Ley de Contrataciones del Estado.

El Art. 6 numeral 14 y el Art. 10 de la LOSNCP²⁴⁴ atribuyen al INCOP, re denominado por la LORLOSNCOP como SERCOP, las siguientes características: Es (i) un organismo de derecho público; (ii) con personalidad jurídica propia; (iii) técnico regulatorio; (iv) autónomo en los aspectos administrativo, técnico, operativo, financiero y presupuestario. Expresamente se lo define como el rector del sistema nacional de contratación pública.

Sin perder de vista su carácter de autónomo, cuenta con un Directorio con funciones limitadas a tres aspectos:

- a) Planificar, priorizar, proponer y dictar la política nacional en materia de contratación pública;
- b) Dictar las normas o políticas sectoriales de contratación pública que deben aplicar las entidades competentes; y,
- c) Dictar la normativa para la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública²⁴⁵.

Como se puede ver, no tiene competencia administrativa sobre el SERCOP, más allá que debe dictar su normativa interna de organización y funcionamiento. El Art. 10 de la LOSNCP, reformado por la LORLOSNCOP dispone que el máximo personero y a la vez representante legal del SERCOP es el Director General²⁴⁶. La composición del Directorio denota un equilibrio de sectores, pues están representados las áreas productiva, de planificación,

²⁴⁴ El nuevo texto reformado por la LORLOSNCOP, en la parte que nos interesa, es el siguiente: Art. 10. El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones: (...)

²⁴⁵ Art. 12 LOSNCP.

²⁴⁶ Antes de la reforma era el Director Ejecutivo.

financiera, gobiernos autónomos descentralizados y la inclusión económica. En efecto, está conformado de la siguiente manera²⁴⁷:

- a. El Ministro responsable de la Producción, Empleo y Competitividad, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;
- b. La máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación;
- c. El Ministro de Finanzas;
- d. El Alcalde designado por la Asamblea General de la Asociación de Municipalidades del Ecuador;
- e. El Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador, CONCOPE; y,
- f. La máxima autoridad del organismo encargado de la inclusión económica.

El hecho de que sea el Ministro de la Producción el presidente del Directorio marca una priorización de todos los aspectos relacionados con promoción de la participación nacional dentro del SNCP. Hay que anotar que la LORLOSNCOP reemplazó en la presidencia del Directorio a este ministro por el Ministro de Industrias que anteriormente fungía como tal. En las actuales condiciones, eso significa un escalón encima, pues en la estructura del gobierno, el Ministerio de la Producción, Empleo y Competitividad coordina al Ministerio de Industrias y al propio SERCOP. Se espera que esta modificación dé una mejor posición en el organigrama institucional de la Función Ejecutiva al rector de la contratación pública. Se nota también una preocupación clara por la intervención de organismos con competencia en planificación y en presupuestos públicos. Hay que resaltar la participación de dos representantes de los gobiernos autónomos

²⁴⁷ Art. 11 LOSNCP, reformado por la LORLOSNCOP.

descentralizados dentro de este cuerpo colegiado, pues se toma en cuenta a los territorios para efectos de la formulación de políticas públicas. Finalmente, la LORLOSNCOP añadió, como miembro del Directorio, al máximo representante del organismo encargado de la inclusión económica, con lo que se da debida relevancia a la promoción de MIPES y actores EPS.

Las principales funciones del Directorio se orientan a generar políticas nacionales y sectoriales de contratación pública. Ahora bien, el Art. 15 del COPYFP²⁴⁸ y el Art. 6 del COPCI²⁴⁹ contienen disposiciones que entrarían en colisión con estas funciones del Directorio. Al ser normas de igual jerarquía, pero posteriores a la LOSNCOP, el Directorio claramente habría perdido competencia para la expedición de políticas sectoriales, pero podría expedir políticas públicas nacionales que le corresponden a la función ejecutiva. La incongruencia en este caso está dada en que el Directorio está conformado por representantes de los gobiernos autónomos descentralizados, que no pertenecen a la función ejecutiva, como exige el COPYFP. Lamentablemente la reciente reforma no hizo ninguna aclaración en ese sentido, y mantuvo intactas las facultades del Directorio.

²⁴⁸ “Art. 15.- De las políticas públicas.- La definición de la política pública nacional le corresponde a la función ejecutiva, dentro del ámbito de sus competencias. Los ministerios, secretarías y consejos sectoriales de política, formularán y ejecutarán políticas y planes sectoriales con enfoque territorial, sujetos estrictamente a los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo.

Los gobiernos autónomos descentralizados formularán y ejecutarán las políticas locales para la gestión del territorio en el ámbito de sus competencias, las mismas que serán incorporadas en sus planes de desarrollo y de ordenamiento territorial y en los instrumentos normativos que se dicten para el efecto. Para la definición de las políticas se aplicarán los mecanismos participativos establecidos en la Constitución de la República, las leyes, en los instrumentos normativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y en el reglamento de este código.”

²⁴⁹ “Art. 6.- Del Consejo Sectorial.- Corresponde a la Función Ejecutiva la definición de las políticas de desarrollo productivo y el fomento de las inversiones a través del Consejo Sectorial de la Producción, que se conformará y funcionará según lo establecido en el Reglamento a este Código, enmarcando sus directrices dentro del Sistema Nacional de Planificación.

Este organismo contará con una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio que presida el Consejo Sectorial de la producción y cuyas atribuciones serán las que se establezcan en el presente Código y en el reglamento. Esta Secretaría contará con las áreas técnicas necesarias para diseñar políticas públicas y programas de política de fomento productivo e inversiones, entre otros vinculados con el sector productivo.”

2.3.3. Facultades del SERCOP.

El SERCOP es el rector del SNCP, es, por tanto, importante delimitar adecuadamente sus competencias para no caer en indefiniciones o en expectativas ambiciosas.

La actuación de la administración pública puede tener varias facetas: policía administrativa, planificación, fomento, prestación de servicios públicos, control y vigilancia, regulación o gestión económica.

A nuestro juicio, SERCOP despliega sus atribuciones entre las actividades de fomento y regulación, aunque tiene competencias de vigilancia y control concurrente.

El fomento es entendido como “[...] el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas propias de todo Estado social de derecho”²⁵⁰. El mismo autor Santofimio más adelante señala:

El fomento se materializa a través de la adopción de medidas económicas como primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos a la industria, al comercio, y así mismo en decisiones de carácter jurídico a través del otorgamiento de concesiones, privilegios, explotaciones y operaciones por los sujetos particulares. (J. Santofimio, 2003: 41).

Gaspar Ariño señala sobre la actividad de fomento: “En ella, el Estado permanece también fuera de la actividad pero ello influye sobre ella, mediante

²⁵⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo, Introducción*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, tercera edición, p. 41.

estímulos económicos a las fuerzas sociales, para imprimir en ellas un determinado sentido”²⁵¹.

Si bien es cierto SERCOP no es una agencia que ejecuta o asigna recursos para acciones de fomento, sí que administra mecanismos de incentivo a la producción nacional, a las MIPYME y a los actores EPS. En ese sentido, al administrar y aplicar criterios de preferencia y priorización de esos sectores dentro del mercado público, eminentemente realiza actividades que tienden al fomento.

La facultad de regulación sin duda es la más trascendente dentro del accionar del SERCOP, y ella no interfiere de forma alguna con la capacidad de expedir leyes que tiene la asamblea legislativa, ni la facultad reglamentaria propia del Presidente de la República. Santofimio nos ilustra:

En la reciente evolución de las actividades estatales resulta innegable que también es peculiar a la actividad administrativa el ejercicio de ciertas potestades tendientes a la habilitación de las autoridades para expedir normas o, en algunos casos, regulaciones de carácter general subordinadas y dependientes de la Constitución y de la ley, que abordan materias y áreas específicas que por sus complejidades o en virtud de procesos de descentralización ameritan este tipo de desarrollo. Se concreta esta actividad administrativa con la presencia de regulaciones por parte de organismos públicos especializados o de autoridades expresamente habilitadas, al igual que en el ejercicio de la potestad reglamentaria; con la expedición de actos administrativos de carácter general, la promulgación de órdenes, directivas, circulares y demás disposiciones que impliquen, independientemente del

²⁵¹ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 295.

nombre, que se les otorgue el establecimiento de normas o disposiciones de diversos contenidos determinantes de la conducta a seguir por los asociados o incluso por las mismas autoridades públicas. (J. Santofimio, 2003: 44).

Precisamente el SERCOP tiene como rol central la regulación de este gran mercado público, bien sea con sus modelos o con sus actos normativos de carácter general, necesarios para encauzar las actuaciones de los operadores públicos y privados dentro de la contratación pública.

Las actividades de control, vigilancia, supervisión y sanción propiamente las desempeñan organismos de control, como son la Contraloría, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social o las superintendencias. Sus competencias se extienden sobre actividades públicas y privadas, tales como las bancarias, societarias, bursátiles, educativas, de telecomunicaciones, y en general de servicios públicos y explotación de recursos estratégicos. No obstante, el SERCOP tiene un rol preventivo y de alerta a las autoridades de control cada vez que conozca el cometimiento de infracciones²⁵².

Con el fin de ir al fondo de las atribuciones del órgano rector de las contrataciones públicas en el Ecuador, proponemos una sistematización y clasificación lógica y funcional. Son cinco las facultades que tiene este organismo rector: (i) verificadora y de control; (ii) administradora; (iii) reguladora; (iv) promotora, formativa e informativa; y, (v) ejecutora.

²⁵² En general, los entes de regulación aparecen a partir del fenómeno privatizador, en que el Estado deja de ser ejecutor y pasa a ser garante de la prestación de servicios públicos. Este no es el caso del INCOP, hoy SERCOP, puesto que no actúa frente a los servicios públicos, y los efectos de sus actuaciones no solo afectan a los prestadores delegados, sino a entidades públicas contratantes y proveedores o contratistas del Estado. No obstante, es interesante considerar que a los entes reguladores se les concede potestades de fiscalización, control, prevención, imposición de sanciones, poderes reglamentarios, resolución de controversias, entre otras. Ver Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2006, octava edición, pp. 347 – 376.

2.3.3.1. Facultad Verificadora y de control.

La facultad verificadora y de control engloba una serie de atribuciones que se enmarcan dentro de lo que pudiéramos definir como control concurrente²⁵³. Ya se indicó que el SERCOP no es un organismo de control como tal, no solo porque ni la Constitución ni la propia ley lo consideren así, sino porque dichas funciones no corresponden a su vocación institucional. En todo caso, sí coadyuva al control, conforme a las atribuciones que corresponden a esta facultad verificadora. Fiorini caracteriza a la actividad administrativa de control de la siguiente manera: “Este término se utiliza para distintas clases de manifestaciones de la Administración pública, pero se identifica con el dato de comprobar el efectivo cumplimiento de la administración por medio de la prevención, el ajuste y la rectificación”. (B. Fiorini, 1995: 153). Según esto, las verificaciones que realiza el SERCOP pudieran orientarse hacia la prevención y el ajuste.

Debemos indicar que la primera de sus facultades establecida en el Art. 10 numeral 1 de la LOSNCP, “Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública” es una amplísima atribución que implica que el SERCOP debería tener potestades coercitivas suficientes para realizar tal exigencia con efectividad.

Durante los cinco primeros años de vida del INCOP, su actividad de verificación se caracterizó por la imposibilidad de compeler al cumplimiento de sus observaciones, requerimientos y recomendaciones. Actualmente, a partir de la reforma de la LORLOSNCOP, el SERCOP está dotado de la potestad de recibir reclamos de parte de quienes, por interés directo, se consideren

²⁵³ Sobre las modalidades de control se habló en 2.1.3.

afectados por las actuaciones de las entidades contratantes. Si bien el SERCOP no tiene la capacidad legal de resolver el reclamo, puede recomendar acciones correctivas e inclusive la suspensión definitiva del proceso. De allí que asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos del SNCP, con la reforma, aparece como un cometido más factible de cumplirse. Desde luego, hay que esperar que esta función relevante sea cumplida de manera técnica y sobre todo oportuna, para que la cantidad de reclamos no rebasen la capacidad de atención y procesamiento del SERCOP a nivel nacional.

Otra de las atribuciones que merece ser analizada en razón de la dificultad que plantea su aplicación, es aquella de verificar que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación, establecida en el Art. 14 No. 5 de la LOSNCP. Esta disposición nos remite a los artículos 62 y 63 de la propia LOSNCP, donde se detallan las inhabilidades generales y especiales. Muy pocas de ellas están bajo control directo del SERCOP, por lo que también podría ser una responsabilidad imposible de cumplir²⁵⁴.

2.3.3.2. Facultad Administradora.

En cuanto a la facultad administradora, es obvio que al crearse un sistema que involucra a diferentes organismos, procedimientos, normativas y objetivos, es necesario que exista un ente administrador y coordinador, o como lo señala la ley, rector del sistema. Además, este SNCP tiene algunas herramientas que viabilizan su operación y funcionamiento, como son el Portal

²⁵⁴ El INCOP podría verificar a proveedores suspendidos en el RUP (Art. 62 No. 4), y parcialmente, podría identificar a algunas autoridades señaladas en el Art. 62 No. 2 y 63 No. 1; así mismo, de manera parcial, podría identificar morosos de ciertas instituciones del Estado (Art. 62 No. 6). Los demás casos de inhabilidades deben verificarse en cada caso por quien está calificando a los oferentes en cada procedimiento precontractual.

www.compraspublicas.gov.ec²⁵⁵, el Registro Único de Proveedores –RUP-, los catálogos electrónicos de bienes y servicios normalizados, el registro de incumplimientos y el registro electrónico de los contratos, instrumentos que deben ser desarrollados, operados, mantenidos y administrados por una institución que tenga esa finalidad.

Pero además el SERCOP es el gran administrador de los procedimientos para certificar la producción y capacidad nacional, para efectos de que las entidades contratantes privilegien las compras nacionales.

Finalmente, esta facultad enmarca las acciones que debe desplegar el SERCOP para desarrollar sistemas informáticos interconectados, que propendan a la agilidad, modernidad y eficiencia en el segmento contractual administrativo.

2.3.3.3. Facultad Reguladora.

En lo tocante a la facultad reguladora, a nuestro juicio, la más importante que tiene el SERCOP, cabe resaltar que la existencia de una entidad con estas potestades es una innovación en materia de contratación pública ecuatoriana. Anteriormente, las regulaciones en este ámbito venían de la ley, el reglamento, y las reglamentaciones particulares de cada entidad contratante para contratos de cuantías menores y requisitos para formar parte del listado de proveedores, lo que implicaba una descentralización, atomización y proliferación de entidades con capacidad de regulación, es decir, un escenario verdaderamente caótico donde prevalecía la arbitrariedad y la corrupción. El esquema actual, al contrario, es el de la centralidad normativa. Esta capacidad reguladora del

²⁵⁵ De acuerdo a la LORLOSNC, se lo debe denominar Portal Institucional (Disposición Transitoria Quinta).

SERCOP se manifiesta fundamentalmente a través de dos cauces: los actos normativos que en la práctica se han denominado resoluciones, con efectos *erga omnes*, y que han complementado la normativa legal y reglamentaria; y los modelos de documentos precontractuales o pliegos, que contienen los marcos procedimentales, términos de referencia o especificaciones técnicas, según sea el caso, modelos de formularios y las condiciones contractuales incluido el modelo de contrato. Debemos concluir que es propio de una entidad reguladora tener capacidad normativa, lo que traerá certeza al sistema jurídico en cuanto a la aplicación técnica del bloque de legalidad. Por supuesto, siempre puede existir el riesgo de una mala utilización de esta capacidad reguladora, a través de la expedición de directrices que vayan más allá de la ley. También pudiera existir un riesgo de sobre regulación, cuando se expiden tantas directrices que, en lugar de orientar y encauzar, confunden y agobian a los ejecutores.

2.3.3.4. Facultad Promotora, formativa e informativa.

En lo que atañe a la facultad promotora, formativa e informativa, comprende actividades para difundir, publicitar, orientar y medir la gestión del SNCP, pasando también por actividades de capacitación, asesoría y certificación de conocimientos y capacidades a los usuarios del SNCP.

No son funciones menores las indicadas, pues el procesamiento de cifras y estadísticas puede ser útil para detectar conductas de entidades contratantes que riñen con los objetivos del SNCP²⁵⁶. También permite construir indicadores de desempeño, como por ejemplo de participación de

²⁵⁶ Por ejemplo, cuál es el promedio de ofertas que la entidad habilita dentro de los procedimientos. Existen casos en que el promedio de habilitaciones de ofertas en una entidad es de 1 ó 2 ofertas, mientras que en casos análogos, en otras puede ser 5 ó 6. Este hecho puede ser un indicio de malas prácticas.

ofertas nacionales o de las MIPYME en el mercado público. Por supuesto, esto además representa un vivo ejercicio de transparencia, pues cualquier persona con acceso al internet podrá conocer realidades contractuales y de gasto público del Ecuador.

Es trascendente la incorporación a través de la LORLOSNCOP de la capacidad de certificar a los operadores del SNCP. Más allá de una labor de capacitación y entrenamiento, de lo que se trata es de formar un cuerpo de funcionarios especializados y con el perfil adecuado para ejercer la función de comprador público. De ejercerse adecuadamente esta atribución, se reducirían drásticamente los errores de procedimiento y se alcanzaría un mejor desempeño de la contratación pública.

2.3.3.5. Facultad Ejecutora.

Finalmente, la que hemos llamado facultad ejecutora involucra acciones directas desarrolladas por el SERCOP en cuanto a selección de proveedores y conducción de tales procedimientos de selección. Recordemos que la fase de ejecución del SNCP corresponde a las entidades contratantes, quienes llevan a cabo el procedimiento precontractual, y además administran y finalizan el contrato. No existe, pues, una centralización de la gestión de compra o contratación.

No obstante, bajo la modalidad de contratación por catálogo electrónico, y su variante específica para fármacos denominada repertorio de medicamentos, el SERCOP es protagonista en un procedimiento de pre selección de proveedores, con quienes se suscribirán convenios marco que contienen las condiciones generales de la posterior contratación bajo pedido de

las entidades contratantes. De ninguna manera esta labor implica que el organismo rector de la contratación pública se convierta en una gran unidad compradora o central de abastecimiento del Estado. Únicamente implica una labor de aprovechar los beneficios del agrupamiento de la demanda pública para conseguir mejores condiciones en calidad y precio de los bienes y servicios comunes y recurrentes del estado.

En el ANEXO 01 consta el detalle y sistematización de las atribuciones del SERCOP agrupadas en las cinco facultades enunciadas.

2.3.3.6. Las facultades que tienen escasa o inadecuada regulación.

Las cinco facultades que se identificaron en este modelo institucional cubren buena parte del funcionamiento del SNCP, pero existen algunos flancos que podrían no contar con la más recomendable regulación, sobre todo orientados a las facultades sancionadora y resolutoria.

Hay que empezar por decir que es totalmente factible que exista competencia administrativa para aplicar sanciones de tipo administrativo, como nos lo recuerda Fiorini: “La actividad jurídica de la Administración pública, y en especial en su faz ejecutoria, consecuentemente debe tener potestad para castigar las desobediencias y tomar medidas inmediatas para desplazar cualquier clase de obstáculos que se oponga a sus cometidos.” (B. Fiorini, 1995: 313).

A nuestro entender, la gran falencia de la LOSNCP en materia de control, durante los cinco primeros años de vigencia del SNCP, fue la ausencia

de tipificación de infracciones y sanciones en la fase precontractual, pese a que señalaba quién debía aplicarlas: la Contraloría General del Estado²⁵⁷.

La LORLOSNCOP incorpora al final de la ley el Título VI, “De las Infracciones y Sanciones” y dota al SERCOP de capacidad sancionatoria. Lastimosamente, todas las infracciones que ahora se prevén se refieren a conductas de los proveedores, mas no de los funcionarios públicos²⁵⁸.

Las infracciones que se añora en la ley deberían tener un corte eminentemente administrativo, para no invadir el campo del derecho penal (donde interviene el dolo) ni del derecho civil (indemnizaciones). Y es que en el ámbito administrativo, para que exista sanción no se requiere demostrar culpabilidad, sino que basta con que se haya producido el hecho prohibido o la omisión del deber. Así lo resalta Fiorini:

Dado lo antijurídico, el legislador establece la norma sanción; no hay sanción sin la existencia del hecho antijurídico, ésto (sic) es muy distinto a sostener la tesis subjetivista que no puede existir sanción sin una culpa. Hay muchas clases de sanciones administrativas sin la necesidad de la presencia de la culpa, pero sí, necesariamente que exista el ilícito o antijuridicidad: la falta. Así puede decirse que hay sanción administrativa cuando la Administración pública en forma oficiosa anula sus actos administrativos por su manifiesta antijuridicidad; hay sanción por la caducidad de una concesión, autorización, permiso, etcétera²⁵⁹.

²⁵⁷ LOSNCOP: Disposición General Primera: “Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días.”

²⁵⁸ Ver Arts. 106, 107 y 108 añadidos por la LORLOSNCOP.

²⁵⁹ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición, p. 180.

Consideramos que el marco de infracciones y sanciones se ha fortalecido notablemente con la LORLOSNCOP, pues durante los primeros cinco años, el INCOP prácticamente carecía de instrumentos para hacer respetar sus observaciones tendentes a garantizar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP. No obstante, todavía no es posible cumplir a cabalidad el mandato del inciso penúltimo del Art. 14 de la LOSNCOP, refiriéndose a las labores de verificación a cargo del SERCOP: “Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley”. Muchas de esas infracciones están vinculadas a labores de funcionarios públicos y no de proveedores u oferentes.

Ahora bien, es necesario reparar en la conveniencia de que una entidad esencialmente reguladora tenga facultad sancionadora. Cuando en la última década del siglo anterior, el auge de las privatizaciones obligó a un cambio de roles dentro del Estado, empezaron a surgir entes reguladores y controladores de las actividades que, privatizadas, ya no las ejercería el estado, sobre todo en el ámbito de los servicios públicos. Estos entes reemplazaron burocracias pre existentes dedicadas a las prestaciones y gestiones concretas. Empero, en el caso de los entes rectores de contratación pública que surgieron en América Latina sobre todo en los últimos diez años, se trata de instituciones nuevas, que se han creado sin reemplazar a otras, y que generan preocupación en cuanto a su costo – beneficio por el aumento de la burocracia estatal. Por esta razón, no existe mayor antecedente en la literatura administrativa sobre los roles reguladores y sancionadores de los entes rectores de las contrataciones gubernamentales, más allá de diferentes modelos que se analizarán adelante. Particularmente, somos del parecer que es mejor preservar la capacidad de

regulación, y no incurrir en la sancionatoria, sobre todo para no colisionar con los entes de control. Sin embargo, sí podría el SERCOP tener alguna posibilidad de sancionar aspectos contravencionales simples, como por ejemplo, cuando las entidades contratantes incumplen las obligaciones de actualizar la información, publicar el PAC, atender los requerimientos realizados por el SERCOP, etc.

Pasando a otro aspecto del análisis, parte del control del SNCP se ejerce a través del régimen de reclamaciones y recursos administrativos frente a los actos y decisiones emanadas de las entidades contratantes. En el Ecuador, esta facultad resolutive estuvo atribuida a cada una de las propias entidades contratantes no solamente a partir de la expedición de la LOSNCP, sino inclusive con la derogada Ley de Contratación Pública. Esto restó efectividad al sistema, pues no había garantías de decisiones imparciales frente a las reclamaciones y recursos administrativos. Siempre sostuvimos que la existencia de un tercero que pudiera conocer y resolver esos reclamos o protestas, o al menos los recursos dentro de la sede administrativa, pudiera generar más confianza en cuanto a la objetividad de las decisiones. De allí que la reforma de noviembre de 2013 es muy importante, al dotarse al SERCOP de la capacidad de suspender procedimientos en la medida que no se tomen correctivos o rectificaciones²⁶⁰. Inclusive la posibilidad de suspender el proceso

²⁶⁰ Art. 102 incorporado por la LORLOSNCPL.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quien dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

cuando la entidad contratante no resuelve un recurso de apelación de manera tempestiva, coadyuva a un ejercicio más transparente de la contratación público²⁶¹.

El segundo inconveniente que resuelve la reforma es que el reclamo o recurso administrativo no tenía efecto suspensivo. Con el objetivo de preservar la agilidad, originalmente la LOSNCP dispuso que ningún reclamo suspendía el trámite y las acciones subsecuentes dentro de lo precontractual o contractual. En el evento de que el reclamante tuviera razón, los remedios, en muchos casos, podrían llegar tiempo después (pensemos sobre todo en los casos en que se enderecen acciones judiciales contencioso administrativas). Por lo tanto, era posible que el bien haya sido ya entregado, el servicio prestado o la obra construida o en construcción. De allí que, en el evento de una resolución favorable al demandante, el efecto sería meramente indemnizatorio, ante la imposibilidad de revertir los hechos sucedidos. En tales casos, el Estado

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

²⁶¹ Art. 103 introducido por la LORLOSNC.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

pagaría dos veces por un mismo objeto contractual, pues habría pagado una vez por el bien, servicio u obra adjudicada (léase a quien no se debía adjudicar) y deberá pagar otra vez indemnizaciones al perjudicado en el procedimiento precontractual, sin recibir nada a cambio. A partir de octubre de 2013 el SERCOP tiene la trascendente responsabilidad de suspender procedimientos con el objetivo de alcanzar la ansiada transparencia y corrección de procedimientos, aunque carece de competencia para resolver los reclamos como tercero imparcial. El esquema de sanciones de la LOSNCP se muestra en el ANEXO 01.

2.3.4. Mejoras al modelo ecuatoriano.

Visto este panorama de capacidades institucionales comparado, es hora de plantear posibles mejoras para optimizar el funcionamiento del SNCP, a través de una adecuada arquitectura del SERCOP. Debemos empezar por indicar que fuimos proponentes e impulsores y por tanto partidarios de muchas de las reformas institucionales introducidas por la LORLOSNCOP, según lo vamos a comentar.

En primer lugar, el SERCOP es un organismo de la Función Ejecutiva y en ese sentido, sus facultades de regulación y verificación generan cierta tensión en entidades contratantes que integran otras funciones del estado y sobre todo en los gobiernos autónomos descentralizados. Para sentar nuestra posición, iniciamos el análisis apelando al primer párrafo del Art. 1 de la CRE señala que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de

manera descentralizada.” Al ser Ecuador un estado unitario y de gobierno descentralizado, no estamos hablando de autonomías al estilo federal. El concepto de autonomía se lo incluye en el Art. 238 de la misma carta constitucional:

Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

En este artículo se basan los defensores a ultranza de la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados –GAD- para señalar que el SERCOP no podría asumir frente a ellos facultades resolutivas, sancionatorias e inclusive, algunas en el ámbito de la verificación y control, como podría ser la suspensión de procedimientos, pues sería una intromisión de la Función Ejecutiva a su autonomía. Frente a esto, es necesario indicar que interferir en la autonomía de los GAD sería planificar por ellos, decidir qué, cuánto y cuándo contratar, u obstaculizar sus decisiones de adjudicar o declarar desierto sus procedimientos precontractuales. Sin embargo, esto no es así debido al principio de responsabilidad sentado en el tercer párrafo del Art. 99 de la

LOSNC²⁶², según el cual cada autoridad o funcionario administrativo es responsable por las decisiones que tome en materia de contratación pública. La autonomía de los GAD no se afectaría con medidas preventivas de suspensión de procedimientos, o con el elemental control de legalidad que se debe realizar a todo organismo que actúe con recursos públicos. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización²⁶³ –COOTAD-, en su Art. 278, dispone que “En la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, los gobiernos autónomos descentralizados observarán las disposiciones, principios, herramientas e instrumentos previstos en la Ley que regule la contratación pública.” Esta norma, que inclusive es posterior a la LOSNC, no concibe al SNCP ni al despliegue de facultades de su ente rector como un atentado a su autonomía, sino que por el contrario, dispone su sometimiento total. Además, el ejercicio del control a las acciones de los GAD no puede verse tampoco como atentatorio a su autonomía, conforme al propio COOTAD.

Art. 284.- Control. Sin perjuicio de la fiscalización que le corresponde al legislativo del respectivo nivel de gobierno y de los mecanismos de control ejercidos por los organismos competentes que determinan la Constitución y las leyes, los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán control de las obras que se ejecuten directamente, por contrato, por delegación, por gestión compartida o por cogestión; así como, de los servicios públicos prestados a través empresas públicas, mixtas, de economía popular y solidaria

²⁶² La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

²⁶³ RO Suplemento 303, 19 de octubre 2010.

o privadas, a fin de garantizar que éstos se presten bajo los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad establecidos en la Constitución de la República.

Además, los gobiernos autónomos descentralizados están obligados a facilitar y a promover mecanismos de control social.

Es claro que los mecanismos de control establecidos en la CRE y las leyes no pueden considerarse como atentatorios a las autonomías de los GAD, tanto más que en la escala de valores, debería primar el concepto transparencia al de autonomía. Todo este análisis nos lleva a concluir que no por el hecho de preservar una supuesta autonomía (que no soberanía) de los organismos descentralizados se debe sacrificar la articulación de un buen esquema de verificación y control de la contratación pública, so pena de generar nichos donde primará la discrecionalidad y sobre todo la arbitrariedad irresponsable. Es tentadora la idea de que la solución sería crear una institucionalidad por fuera del Ejecutivo, una especie de superintendencia, para que pueda supervigilar el funcionamiento del SNCP que incluya todos sus actores, inclusive los del régimen autónomo descentralizado. Sin embargo, no pensamos que se deba llegar a ese extremo. La LORLOSNCOP precisa las atribuciones de verificación y control del SERCOP y le dota con poderes de solicitar la suspensión temporal de procesos y disponer su suspensión definitiva, lo cual rige para toda entidad contratante, incluyéndose al régimen parroquial, cantonal y provincial.

En otro ámbito, la denominación de *Instituto* también había generado controversia, en tanto que marcó un rasgo característico de su personalidad

institucional desde agosto de 2008 hasta octubre de 2013. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva²⁶⁴ –ERJAFE- contiene una clasificación de diferentes tipos de instituciones públicas dentro de la función ejecutiva²⁶⁵:

TIPO DE ENTIDAD	FUNCIONES
Agencia de Regulación y Control	Organismo técnico que tiene por funciones la regulación de las actividades del sector, el control técnico de las actividades realizadas por los agentes que operan en él y la preparación de informes sobre las normas que debería observar el respectivo organismo de control, de acuerdo con la ley. Su ámbito de acción es específico a un sector determinado y estará adscrita a un Ministerio Sectorial o Secretaría Nacional. Dentro de su estructura orgánica tendrá un directorio como máxima instancia de la agencia.
Comisión	Instancia que trata problemáticas específicas en las que el Gobierno Central no cuenta con capacidades técnicas o institucionales desarrolladas. Durará en sus funciones un plazo de tiempo determinado.
Comité	Cuerpo colegiado interinstitucional, cuyas funciones son de coordinación estatal y gubernamental, sobre temas específicos.
Consejo	Cuerpo colegiado conformado por representantes del Estado y de la sociedad civil que tiene por finalidad la de

²⁶⁴ Decreto Ejecutivo 2428, RO 536, 18 de marzo de 2002 con múltiples reformas.

²⁶⁵ Art. 10.1. ERJAFE. Literal h) agregado por Decreto Ejecutivo No. 790, publicado en RO 468 de 13 de Junio del 2011.

	dictar políticas y regulaciones sobre un ámbito de política pública determinado. Solo podrán ser creados por ley. Exceptúese de esta disposición al Consejo Nacional de la Administración Pública.
Consejo Consultivo	Instancia de estricto carácter consultivo y de obligatoria convocatoria institucional, en el momento de la definición y la evaluación de la política pública de las carteras de Estado. Tendrán representación amplia y plural de la sociedad civil, y no contarán con recursos públicos para su funcionamiento.
Instituto	Organismo público, adscrito a un Ministerio sectorial o Secretaría Nacional, creado para el ejercicio y la ejecución de actividades especializadas, preferentemente en las áreas de investigación, promoción, normalización, ciencia y tecnología.
Secretaría	Organismo público que, por delegación y bajo la supervisión del ente al cual está adscrito, tiene la facultad de asesorar, dictar y gestionar política transversal a un sector. Estará adscrito a un Ministerio sectorial o una Secretaría Nacional, y la máxima autoridad será designada por el Ministro sectorial y el Secretario Nacional correspondiente.
Servicio	Organismo público con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, creado para el ejercicio de la rectoría, regulación, administración, promoción, ejecución y control de actividades especializadas en materia tributaria central,

aduanera y de contratación pública; así como de las relaciones jurídicas resultantes entre el Estado y las personas naturales o jurídicas, como consecuencia del ejercicio de esas actividades. Podrá tener niveles desconcentrados.

Tabla 3. Clasificación de tipos de instituciones según ERJAFE.

Fuente: ERJAFE.

Elaboración: propia.

Se puede apreciar que su denominación original no compaginaba con sus principales competencias, pues un instituto es meramente ejecutor de actividades especializadas, y no ejerce rectoría, regulación, administración, promoción, ejecución y control de actividades especializadas. Además, siempre debe ser adscrito a un ministerio sectorial o secretaría nacional, con lo que se presentaban problemas de dependencia y falta de jerarquía. Particularmente, el ERJAFE reserva las áreas de acción de los *servicios* circunscribiéndolos a las materias tributaria central, aduanera y de contratación pública. De allí que la actual denominación de Servicio Nacional de Contratación Pública es necesaria para mantener un equilibrio entre jerarquía, técnica y autonomía²⁶⁶.

En cuanto a sus facultades, el análisis de la institucionalidad comparada nos hace reflexionar respecto a la orientación de los entes rectores de la contratación pública. El modelo chileno descansa fundamentalmente en eficiencia, y por tanto potencia las facultades administradora y promotora – informativa. Además, no requiere incurrir en atribuciones de verificación o

²⁶⁶ LORLOSNCOP En el actual Art. 10 se habla de la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública, pero en verdad es una nueva forma de denominar a la misma institucionalidad para alcanzar el estatus institucional descrito. La Disposición Transitoria Tercera de la propia ley reformativa así lo reconoce: “TERCERA.- Sustitúyase la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como “instituto”, “INCP” o “INCOP”, deberá ser sustituida por la nueva denominación y las siglas “SERCOP”, respectivamente.”

control porque las tiene un tribunal administrativo. Todos los demás modelos analizados incursionan en aspectos de verificación, control, resolución de reclamaciones e inclusive sanciones. A nuestro juicio, eso se debe a que el marco institucional encargado de esas competencias o no existe, o es ineficiente. Lamentablemente en Ecuador el panorama es parecido, y por eso, fuimos partidarios desde hace muchos años que se reconociera legalmente la competencia del órgano rector para realizar observaciones en la fase precontractual y exigir la rectificación de aspectos contrarios a la ley y sus principios y objetivos, así como suspender de manera preventiva y temporal el procedimiento hasta que se informe sobre las observaciones halladas. Nótese que esta alternativa no riñe con las competencias de control posterior de la Contraloría General del Estado y demás organismos, conforme se analizó en el punto 2.1.3. Las reformas de octubre de 2013 vienen a llenar ese vacío de mecanismos de prevención que estuvieron ausentes en el sistema ecuatoriano desde agosto de 2008.

Igualmente creemos que es necesario articular un esquema de reclamaciones administrativas donde exista un tercero imparcial que las conozca y resuelva, bien sea desde la primera instancia administrativa, bien como recurso de alzada definitivo, también en la sede administrativa. Existen métodos para evitar que se abuse de este mecanismo y se paralicen las contrataciones públicas, como exigir cauciones o garantías al reclamante que se ejecutarían en caso que el reclamo fuera considerado malicioso, es decir, propuesto con el ánimo de obstaculizar el avance del procedimiento. Otro mecanismo para evitar el abuso sería exigir que el reclamo se fundamente en causales precisas sujetas a calificación de parte de la autoridad que conozca y

resuelva sobre la imposición del reclamo. La LORLOSNCOP no ha dado una solución a esta falencia, pues el SERCOP no tiene competencia para resolver el reclamo, sino únicamente para sugerir alternativas o medidas para la rectificación de vicios o inobservancias del proceso.

La reflexión final que podemos hacer es que si el esquema de verificación, control, sanción y reclamación no goza de un buen funcionamiento, las consecuencias, a más de la corrupción y mal uso de recursos, son la sensación de indefensión y de impunidad, lo que conlleva a ahuyentar a buenos proveedores, encarecer los bienes y servicios, con peligro de baja de calidad. Esto redundará en una mala prestación de servicios de parte de los organismos públicos, con la consecuente baja del nivel de vida de la sociedad.

Capítulo III. Procedimientos, mecanismos y herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Este capítulo abordará temas prácticos y operativos del funcionamiento del SNCP, principalmente sus instrumentos y procedimientos, algunos de los cuales son nuevos, otros viejos pero renovados.

3.1. Registro de Proveedores.

MESICIC recomendó al Ecuador “Crear un registro de contratistas de obras, bienes o servicios centralizado, que sea obligatorio para todos los organismos y dependencias del Estado, a los fines de fomentar los principios de publicidad, equidad y eficiencia previstos en la Convención”²⁶⁷. Esta recomendación ha sido implementada, conforme se analiza a continuación.

El funcionamiento del SNCP se basa en herramientas y procedimientos fundamentalmente electrónicos, por lo tanto, es imprescindible contar con bases de datos para que los compradores y vendedores puedan interactuar con éxito dentro de la contratación pública.

Actualmente, el registro de proveedores es administrado únicamente por el SERCOP y tiene una multiplicidad de funciones y características²⁶⁸, conforme pasamos a explicar.

En primer lugar, es único y cubre todo el ámbito nacional desde el punto de vista geográfico e institucional, pues habilita a participar en las contrataciones

²⁶⁷ Informe Final sobre el Ecuador, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010; http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf (revisado a septiembre 2011).

²⁶⁸ Las características indicadas constan en los Arts. 6 No. 29; 13 No. 2; 16; 17; 18; 19 y 20 de la LOSNCP.

de todas las entidades contratantes sometidas a la LOSNCP. Esto marca una gran diferencia respecto al régimen anterior, puesto que al no contarse con un registro unificado, existían igual número de registros que entidades contratantes. Actualmente, inclusive se prohíbe expresamente a las entidades llevar registros adicionales.

En segundo lugar, consiste en un registro público de información de proveedores. La información que consta en el RUP es pública según mandato legal y debe estar disponible a través del portal www.compraspublicas.gob.ec. Por tanto no deberá solicitarse por parte de las entidades contratantes en cada uno de los procedimientos que lleven adelante. A manera de ejemplo, no se debería exigir a los proveedores que en un concurso determinado presenten escrituras de constitución de la empresa y documentos sobre la representación legal, en la medida que estos documentos ya forman parte del expediente del RUP.

Existen dos instancias: un mero registro o inscripción y la habilitación para presentar ofertas y participar en los procedimientos de contratación pública. El registro o inscripción es un procedimiento que consiste en ingresar datos en el sistema electrónico, no obstante, esto no es suficiente para participar en un procedimiento de contratación, se requiere de la habilitación que implica presentar documentos que comprueben la información registrada por el proveedor. Hay dos hechos que comentar en torno a la habilitación: el primero: se basa en la desconfianza de la administración frente a la información suministrada por el proveedor, y por ello la necesidad de exigir pruebas y comprobaciones. Desde la actividad económica o profesional, hasta el domicilio y número de identificación (cédula o registro único de contribuyente) deben

comprobarse con documentos. La ley señala que la veracidad de la información del RUP es responsabilidad de los proveedores, no obstante, el mecanismo de comprobación implementado hacen que esta responsabilidad se revierta en el SERCOP. En segundo lugar, se vuelve compleja la participación de proveedores, especialmente de extranjeros. A pesar que se han establecido mecanismos de habilitación abreviada para casos de proveedores internacionales no domiciliados en el país, puede verse a este mecanismo de la habilitación como una traba a la libre participación en la contratación pública. Ahora bien, la ley dispone que el ingreso de la información y su actualización, deben realizarse por medio de la interconexión con otras bases de datos, aspectos que avanzan lentamente en el caso ecuatoriano.

En tercer lugar, el RUP debe contar con categorizaciones necesarias para la administración y funcionamiento del SNCP (por ejemplo, identificar por tamaño a los proveedores, ubicarlos por domicilio y localidad, por origen de su oferta, por tipo de bien, obra o servicio, etc.). He aquí otra razón para la habilitación en el RUP, pues dados los incentivos legales a la producción nacional y a la participación de MIPYME y actores EPS, deben estar debidamente categorizados.

También se destaca que el RUP podría ser oneroso o tarifado, si así lo decidiera el SERCOP, pero los derechos que se cobren no podrán constituirse en obstáculos para las MIPYME, artesanos y profesionales.

Adicionalmente, el SERCOP debe inhabilitar en el RUP a quienes sean declarados como contratistas incumplidos, adjudicatarios fallidos o consultores responsables de estudios que ocasionan perjuicios al Estado, así como a los

proveedores que no actualicen su información o que presentan documentación adulterada²⁶⁹.

Hay que resaltar la importancia de que el RUP segmente a los proveedores para que al iniciarse un procedimiento precontractual se invite no a todos, sino a los que estén habilitados para ofertar los bienes o servicios requeridos. Para ello existen clasificadores internacionales de productos, cuya nomenclatura se usa para que los proveedores se categoricen al momento del registro, y que las entidades contratantes los usen a la hora de convocar a un procedimiento precontractual²⁷⁰.

El RUP además podría servir para especializar a los proveedores, a través de la exigencia de requisitos particulares propios del ejercicio de su actividad, profesión, ciencia, arte u oficio. En efecto, hay determinadas actividades económicas que requieren habilitaciones especiales (a manera de ejemplo, una compañía de seguridad debe contar con autorizaciones de los Ministerios de Defensa y del Interior; un proveedor de medicamentos debe reunir una serie de requisitos sanitarios y de buenas prácticas, etc.). En la medida en que el RUP incorpore esos requisitos particulares, la contratación será más segura y más ágil, pues, en caso contrario, esos requisitos deberían ser presentados dentro de cada procedimiento de contratación.

El registro de proveedores se complementa con el otro sujeto de la contratación: las entidades contratantes. Aunque la ley no menciona expresamente un registro de entidades²⁷¹, el RGLOSNP sí lo prevé en su Art. 9. Debido a que la contratación tiende a ser electrónica, las entidades deben

²⁶⁹ Esto se analizó en el punto 2.3.2.6 a propósito del régimen de sanciones de la LOSNCP.

²⁷⁰ En el link <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/CPC/index.cpe> (revisado a junio de 2013) se encuentra el Clasificador Central de Productos que usa el SERCOP.

²⁷¹ Únicamente el Art. 21 de la LOSNCP menciona que el Portal [compraspublicas](https://www.compraspublicas.gob.ec) el listado de las instituciones del SNCP.

contar con registros y autorizaciones para operar el sistema bajo condiciones de responsabilidad y seguridad, por lo tanto ese registro es indispensable.

3.2. El Portal electrónico de contrataciones estatales.

Existen dos referencias normativas sobre el Portal en la LOSNCP. El Art. 6 numeral 25 se refiere al Portal www.compraspublicas.gov.ec como “[...] el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano.”

Como se ve, éste es un sistema informático no equivalente al SNCP sino parte instrumental de él. A este sistema informático, a los efectos de esta investigación, lo denominamos SOCE.

De su parte, el Art. 21 señala lo siguiente:

Art. 21.- PORTAL de COMPRASPÚBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPÚBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El portal de COMPRASPÚBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del INCP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPÚBLICAS.

El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.

Del texto transcrito se desprende que el SOCE es, en primer lugar, un mecanismo de transparencia, publicidad e información, pero también es una herramienta transaccional, es decir, el canal obligatorio para “[...] realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública”²⁷². Es muy distinto contar con una herramienta informática que sirva de gran archivador de documentos, que trabajar sobre una que permita ejecutar los procedimientos precontractuales y contractuales de manera electrónica.

En el informe “Background Study: The status of e-procurement reforms in Central and South America” que data de enero de 2008²⁷³, se clasifica a los sistemas de compras gubernamentales en cuatro niveles:

Nivel	Características
(0)	<i>No existe:</i> no hay evidencias de funcionalidades tecnológicas asociadas a las contrataciones estatales.
(i)	<i>Informativo:</i> (pizarras informativas) Existe un portal aunque solo de carácter informativo. Solo muestra avisos de oportunidades similares a los que aparecen en la prensa, sin interacción con el usuario.
(ii)	<i>Transacciones simples</i> (portales interactivos): El portal admite algún nivel de interacción con los usuarios, es posible ver y bajar bases o

²⁷² LOSNCP, Art. 14 No. 1.

²⁷³ Gastón Concha, “Background Study: the status of e-procurement reforms in Central and South America, Reporte Final, Resultados de la Medición de Madurez, Portales de Compra de América Latina”, IDB, Regional Workshop on e-procurement, 2008, en: http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf (revisado a octubre 2012).

pliegos de las propuestas, los requerimientos de ofertas son más sofisticados, hay inscripción de proveedores. Las ofertas, sin embargo, se siguen enviando de forma tradicional y la cobertura de uso del sistema todavía es baja.

(iii) *Transacciones complejas* (portales transaccionales): Cobertura prácticamente de un 100% de las entidades públicas dependientes del gobierno central. Existen catálogos electrónicos, sistemas de autenticación de documentos, cotizaciones y propuestas electrónicas, codificación de productos con más de tres niveles, pagos vía transferencia electrónica de fondos. Hay estadísticas de desempeño del portal. Funcionan modalidades de compra con contratos marco o subastas electrónicas. Las transacciones tienen acceso público hasta las actas de adjudicación.

(iv) *Integración*: Corresponde a una etapa de integración de las transacciones del portal con los sistemas de ejecución presupuestaria, uso de sistemas de autenticación con token o certificados digitales. Completa transparencia en cada transacción pudiendo haber acceso a contratos.

Tabla 4. Clasificación de los sistemas electrónicos de contratación pública.

Fuente: Background Study: The status of e-procurement reforms in Central and South America.

Elaboración: propia.

En el año 2013, Ecuador, luego de cinco años de implantación del SNCP, bien podría colocarse en la categoría (iii) de Transacciones Complejas, con las siguientes salvedades: el bloque de ofertas técnicas (no económicas) todavía no se envían a través del portal, aspecto propio de la etapa (ii) Transacciones Simples. Empero, tiene ya algunos elementos propios de la etapa (iv) Integración por las interconexiones con otros sistemas gubernamentales.

No está por demás indicar que Ecuador, en ese estudio, a inicios del año 2008, aparece en el grupo de países con nivel (i) de pizarras informativas (CONTRATANET).

Sin duda, la creación del portal www.compraspublicas.gob.ec con sus funcionalidades establecidas en la Ley, es la gran innovación en la legislación y la práctica de la contratación pública ecuatoriana que, inobjetablemente, es el aporte más importante a la eficiencia y a la publicidad (la transparencia es un concepto superior, que no necesariamente se garantiza por tener publicidad).

No podemos concluir este apartado sin criticar el error de la LORLOSNCNP, al re denominar al portal www.compraspublicas.gob.ec como “portal institucional”²⁷⁴. Un portal institucional atañe únicamente a una institución, no a un sistema nacional, por lo que se debería volver a la concepción anterior de este instrumento tecnológico.

3.3. Procedimientos ordinarios: sus características y objetivos particulares.

Previamente a analizar los procedimientos del SNCP, revisaremos los ámbitos objetivo y subjetivo que abarca la LOSNCP. El ámbito objetivo constituyen los tipos de objetos contractuales cubiertos, mientras que el ámbito subjetivo, las instituciones sometidas a su regulación.

²⁷⁴ LORLOSNCNP, DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA.- El portal institucional, incorporará mecanismos de difusión intercultural bilingüe. En el texto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde diga: “Portal www.compraspublicas.gob.ec”, sustitúyase por la frase “portal institucional”.

3.3.1. **Ámbito y excepciones.**

Para analizar el ámbito material u objetivo, tomamos como base el Art. 1 de la LOSNCP: “Art. 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: [...]”

Estos conceptos son reiterados por las definiciones contenidas en el Art. 6 de la propia Ley:

5. Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

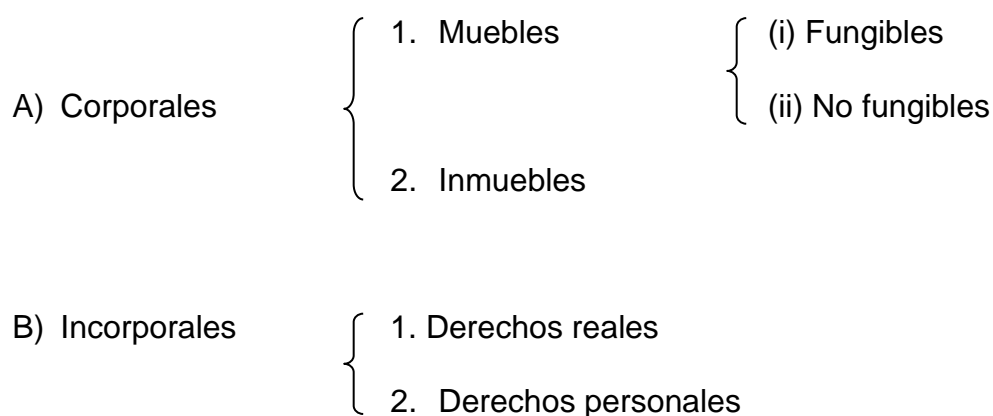
En cuanto a los objetos susceptibles de transacción, podríamos hablar de tres tipos de aquéllos: bienes, obras y servicios, que incluye los servicios especializados de consultoría.

Vamos a referirnos a la primera categoría: la de los bienes. La LOSNCP, a más de lo que indica en el Art. 6 numeral 5 antes transcrito, no da una definición o un concepto de lo que se ha de entender por bienes, aunque da un buen indicio cuando se refiere a que si la contratación entraña fabricación,

manufactura o producción de bienes muebles, se entenderá que la contratación se referirá a bienes (pues pudiera pensarse que se trata de un contrato de obras). El elemento clave aquí es *bienes muebles*.

Por su parte, el propio Art. 6 de la LOSNCP confiere la siguiente definición: “2. Bienes y Servicios Normalizados: Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.”

No es una definición comprensiva del objeto contractual *bien*, sino una aplicada a los que se consideran normalizados. El Código Civil ecuatoriano – CC- presenta la siguiente clasificación de cosas (bienes):



- A) Corporales: las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos;
- B) Incorporales: las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas²⁷⁵.

²⁷⁵ CC. Art. 583.

Es posible que estas dos categorizaciones quepan dentro de lo que se considera *bienes* en materia de contratación pública, pues el Estado y sus instituciones pueden adquirir tanto bienes corporales como derechos.

Ahora bien, las cosas corporales se dividen en:

- A) 1. Muebles: cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas como los animales, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas²⁷⁶.
- A) 2. Inmuebles: cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles²⁷⁷.

Cuando la LOSNCP se refiere a *bien*, no incluye a las cosas inmuebles, pues éstas se asimilan al concepto de *obras*. Este es el primer deslinde que se debe hacer respecto a la concepción de bienes del CC y la LOSNCP.

A su vez, las cosas muebles se dividen en:

- A) 1. (i) Fungibles: aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan²⁷⁸.
- A) 1. (ii) No fungibles: aquéllas de que puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Así mismo, ambos tipos de cosas muebles forman parte del concepto *bienes* de la LOSNCP.

En cuanto a las cosas incorpóreas, éstas, según el CC, se dividen en:

- B) 1. Derechos reales: los que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona, como el de dominio, el de

²⁷⁶ CC. Art. 585.

²⁷⁷ CC. Art. 586.

²⁷⁸ CC. Art. 593.

herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca²⁷⁹.

- B) 2. Derechos personales: son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos²⁸⁰.

Todo esto determina la importancia de que la entidad contratante discierna previamente si los contratos que involucran bienes incorporeales se rigen por las normas de la LOSNCP o por otras normas de Derecho Civil. Por ejemplo, el CC, dentro del derecho real de dominio, contempla las producciones del talento o del ingenio, propiedad de sus autores²⁸¹, que ahora se agrupan dentro del gran contenido de la propiedad intelectual con una normativa autónoma y que son susceptibles de ser transados en el marco del SNCP. Así mismo, la transferencia de dominio de bienes inmuebles, contenida en ese marco, sí tiene un tratamiento dentro de la LOSNCP²⁸².

La conclusión a la que se llega es que cuando la LOSNCP habla de *bienes*, se refiere a bienes corporales muebles fungibles o no fungibles, y a algunos bienes incorporeales (podría ser el derecho a la propiedad intelectual sobre un sistema o una obra artística, literaria o científica). En todo caso, no se puede considerar dentro de su entendido a los bienes corporales inmuebles, que se corresponden con el concepto *obras* de la LOSNCP. Estas obras, u obras públicas como también se las denomina, pueden ser desde la

²⁷⁹ CC. Art. 595.

²⁸⁰ CC. Art. 596.

²⁸¹ CC. Art. 601.

²⁸² LOSNCP. Art. 58.

construcción de oficinas para una institución del sector público hasta centrales hidroeléctricas, caso en el cual estaremos frente a bienes fiscales (su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes), o la construcción de infraestructuras como carreteras, puertos, aeropuertos, etc., que constituyen bienes nacionales de uso público, pues su uso pertenece a todos los habitantes de la nación²⁸³.

Hay que hacer otro esfuerzo para enmarcar el objeto transable *servicios* en los términos en que los concibe la LOSNCP. En primer lugar, diremos que muchos de los derechos denominados por el CC como cosas incorpóreas, pueden entenderse como servicios; pensemos por ejemplo en el uso de licencias de sistemas electrónicos o acceso a información. Pero además existen actividades como por ejemplo limpieza de oficinas, preparación de alimentos, seguridad privada a personas o instalaciones, capacitación, que también caben dentro del concepto *servicios*. Empecemos por indicar que el CC equipara la prestación de servicios con arrendamientos, así lo dice el Art. 1856: “Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales.”

Se establecen tres supuestos dentro del entendido de *servicios* del CC: (i) la *ejecución de una obra* se asocia con el concepto de *obra* de la LOSNCP, y por tanto jamás pudiera considerarse un servicio en el ámbito de la contratación pública; (ii) los contratos para *conceder el goce de una cosa* pudieran ser un tipo de contratación prevista en la LOSNCP si se tratara de

²⁸³ CC. Art. 604.

arrendamientos²⁸⁴ (no se pudiera decir lo mismo en el caso de usufructos, que no estarían sometidos a la regulación de la LOSNCP) pero no se entenderían dentro del concepto *servicios*. El CC, en su Art. 1864, dispone que “Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a la Ley de Contratación Pública y otras leyes; y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones del presente Título.” De su parte, el RGLOSNC, que regula este tipo de contratos por delegación de la Ley, señala en su Art. 66 que “En todo lo no previsto en esta Sección, se aplicarán de manera supletoria, y en lo que sea pertinente, las normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil”. En definitiva, existe regulación sobre aspectos pre contractuales, pero en lo atinente al contrato y su contenido, tiene mucha relevancia el CC y las disposiciones sobre inquilinato.

Si la cosa sobre la que se concede el goce es mueble, tampoco estaremos frente a una contratación de servicios, pues existe regulación secundaria al respecto²⁸⁵. La Ley, más allá de indicar en el Art. 1, materia de estas disquisiciones, que los contratos de arrendamiento de bienes forman parte de su ámbito de aplicación, no dispone de una sola norma al respecto.

En definitiva, cuando la LOSNCP habla de *servicios*, nos estamos refiriendo a aquellos casos que el CC los trata como arrendamientos, excluyendo la concesión del goce de una cosa y la ejecución de una obra.

²⁸⁴ LOSNCP: “Art. 59.- Régimen.- Los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de esta Ley.”

²⁸⁵ El RGLOSNC, en su Art. 108, señala: “Para el arrendamiento de bienes muebles que requiera la entidad contratante se observarán las normas contenidas en el Código Civil, Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto determine, mediante resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el INCOP.”

De su parte, el Art. 6 de la LOSNCP especifica qué debemos entender por consultoría, esa especie de servicios especializados²⁸⁶.

Para sintetizar, la LOSNCP no clasifica el objeto de las contrataciones públicas bajo la lógica de la clasificación de los bienes del derecho civil, sino bajo criterios utilitarios orientados a aplicar tipos de procedimientos diferenciados.

Muchos ámbitos de la contratación del Estado quedan por fuera de esta legislación: contratos de naturaleza laboral con trabajadores; contratos de deuda pública; contratos de delegación de prestación de servicios públicos, construcción de obras públicas (concesión) o explotación de recursos naturales, entre otros, son casos de no sujeción a la normativa de contratación pública, pues tienen sus regímenes contractuales particulares²⁸⁷.

El concepto de contratación pública difiere de país en país, pues cada legislación nacional establece sus propios alcances. A guisa de ejemplo, William Parra nos refiere que, en Colombia, los contratos que celebra la administración son de tres tipos: contratos estatales (que pueden tener un régimen de derecho público e inclusive de derecho privado) entre los que señala, los de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión,

²⁸⁶ LOSNCP Art. 6 No. 8. Consultoría: Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

LOSNCP Art. 6 No. 30. Servicios de Apoyo a la Consultoría: Son aquellos servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional especializado, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.

²⁸⁷ La Ley Orgánica del Servicio Público y el Código del Trabajo, para el caso de los contratos laborales; el COPYFP, para el caso de los contratos de deuda pública; el COPCI y la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Participación de la Iniciativa Privada, para el caso de los contratos derivados de delegación estatal (concesiones), son cuerpos normativos que rigen para esas modalidades de contratación estatal.

encargos financieros y fiducia pública; la segunda categoría son los contratos administrativos, referidos específicamente a los contratos mineros; y, finalmente señala a los contratos de derecho privado, atinente a los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales²⁸⁸.

Dromi, de su lado, nos propone otra tipología de los contratos: contratos de colaboración o de primera generación, que son “[...] de ‘asistencia’; por ello en cuanto a su denominación son tipos de contratos ‘*de la Administración*’ o ‘*con la Administración*’ (los clásicos contratos de obra pública, provisión o suministro, locación).” (R. Dromi, 2001: 55). Luego, como contratos de segunda generación, menciona a los contratos de integración que serían “[...] el instrumento de la economía de los ‘mercados comunes’, que se desarrollan en el marco de las ‘comunidades económicas’ que viabilizan la superación de las barreras nacionales a través de las ‘asociaciones empresarias’ y los ‘consorcios públicos regionales’.” (R. Dromi, 2001: 58). Finalmente, los contratos de tercera generación son los denominados por el mismo autor como contratos de transformación, en los que “[...] el Estado es sustituido por el contratista particular”. (R. Dromi, 2001: 59). En estos casos, el particular delegado por el estado (típicamente por un contrato de concesión u otras modalidades) asume prerrogativas estatales en prestación de servicios públicos, explotación de recursos naturales o uso de bienes públicos. En estos casos, los contratos celebrados por estos delegatarios “[...] ostentan una función pública como sucesores del Estado.” (R. Dromi, 2001: 59).

El panorama doctrinario y de derecho positivo es poli conceptual y presenta una amplia gama de clasificaciones, alcances y marcos definitorios de

²⁸⁸ William René Parra Gutiérrez, *Los contratos estatales*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999, cuarta edición, pp. 48 – 49.

lo que se debe entender por contratación pública, o por contratación administrativa, o por contratos de la administración. Sayagues Laso, luego de hacer un generoso recorrido por las posturas doctrinarias sobre la materia, concluye lo siguiente:

Dicho de otra forma: que en el variado conjunto de vínculos contractuales de la administración, los hay que se regulan fundamentalmente por el derecho público y admiten apenas la aplicación de ciertos principios generales del derecho privado, mientras que, en el otro extremo, los hay que se regulan casi exclusivamente por el derecho privado y sólo en aspectos muy limitados rige el derecho público; pero entre esas dos situaciones claramente opuestas hay numerosos vínculos en los que el derecho público y el derecho privado se aplican en grado variable, siendo imposible establecer límites precisos²⁸⁹.

En definitiva, podríamos encontrar infinitas clasificaciones de los contratos, dependiendo de la óptica y de la normativa específica que nos sirva de cristal para la observación.

Definido el contorno objetivo, vamos a enfocar el análisis del ámbito de aplicación en relación con los sujetos. Hay que empezar por indicar que la institucionalidad sometida a la LOSNCP, desde el ámbito público, se denomina *entidad contratante*, que según lo establecido en el Art. 6 numeral 12 de la LOSNCP son “Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de esta Ley.”. Los otros sujetos de la relación contractual son proveedores y contratistas, definidos en el propio Art. 6 de la siguiente manera: Proveedor (numeral 28) “Es la persona natural o jurídica

²⁸⁹ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, octava edición, p. 528.

nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes.”. Contratista (numeral 6) “Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.”. El proveedor es un potencial contratista, que debe estar habilitado previamente y constar en un registro especial. Su derecho y expectativa es a participar en procedimientos de selección, en tanto que el contratista es el que ha suscrito ya un contrato con cualquiera de las entidades contratantes sujetas a la LOSNCP.

Para analizar las entidades contratantes sujetas al SNCP, es necesario considerar que la LOSNCP entró a regir en el país a partir de su publicación en el RO, el 4 de agosto de 2008, mientras que la CRE fue publicada el 20 de octubre del mismo año, dos meses después. Esto significa que la LOSNCP se articuló en función de la institucionalidad establecida por la anterior Constitución de 1998. Por eso, a fin de encontrar similitudes y diferencias y establecer sus respectivas correspondencias, cuando proceda, pasamos a comparar lo que la Constitución considera como sector público con los organismos sujetos a la normativa de contratación pública.

CONSTITUCION (Art. 225, al identificar al sector público)	LOSNCP (Art. 1, al establecer el ámbito)
Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa,	Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado

Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social	Los Organismos Electorales
	Los Organismos de Control y Regulación
Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado	Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo
Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado	Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado
Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos	Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos
	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

	<p>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</p>
	<p>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,</p>

	<p>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</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabla 5. Comparación de entidades sujetas a la LOSNCP.

Fuente: CRE, LOSNCP.

Elaboración: propia.

De una parte, se advierte que la LOSNCP tiene desfases en cuanto a concebir a las funciones del Estado, pues señala particularmente a los organismos electorales y a los organismos de control y regulación, cuando estos forman parte de la cuarta y la quinta –respectivamente- funciones del Estado. Tampoco observa la terminología vigente al referirse a los gobiernos autónomos descentralizados como organismos del régimen seccional autónomo. No obstante, esto se explica por la antelación con que se expidió la

ley respecto de la Constitución. Pero la conclusión importante en este punto es que todo organismo o institución pública, forma parte del SNCP.

Además, claramente se ve que la LOSNCP incluye, dentro de su ámbito, a personas jurídicas de derecho privado que podrían actuar como entidades contratantes, y que por tanto deben observar el régimen contractual público²⁹⁰. Es una situación curiosa que se fundamenta en que si lo que está en juego dentro de una contratación son recursos públicos, entonces todo el régimen debe ser público, más allá del ropaje privado que presente la entidad contratante.

Aunque no se exprese de manera explícita, también se someten al ámbito y regulaciones de la LOSNCP las contrataciones que realicen las empresas públicas²⁹¹, que son personas jurídicas de derecho público creadas para la gestión de sectores estratégicos; prestación de servicios públicos; aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos y en general el desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado²⁹². Así se deduce al leer la Ley Orgánica de Empresas Públicas – LOEP- que guarda disposiciones específicas sobre contratación, relacionadas con la planificación de las contrataciones y con los regímenes común y especial de contratación²⁹³.

²⁹⁰ De conformidad al Art. 60 de la LOSNCP, los contratos a que se refiere son contratos administrativos, sin hacer distinción entre aquellos que celebre una entidad del sector público y una de derecho privado.

²⁹¹ Art. 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Suplemento del Registro Oficial No.48, de 16 de octubre de 2009.

²⁹² Art. 4 Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁹³ LOEP: Art. 34.- Contratación en las empresas públicas.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

Identificados los sujetos que actúan como entidades contratantes dentro del ámbito de la LOSNCP, nos referiremos a las excepciones existentes, es decir, aquellos casos que, comprendidos dentro del ámbito, por expresa dispensa legal no se sujetan a su régimen.

- (i) En la parte final de la LOSNCP existe un mandato general para derogar todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la ley. De manera especial, en el numeral 9, se derogan “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.”

Es necesario puntualizar en primer lugar que la forma en que se pretenden establecer excepciones -pues esa es la intención de esta norma- es deficitaria en cuanto a técnica jurídica. En efecto, si la pretensión era determinar que las contrataciones

1. PLAN ESTRATÉGICO Y PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES.- Las empresas públicas deberán contar con su Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones, debidamente aprobados.

Los criterios generales del Plan Estratégico guardarán relación con las políticas del gobierno nacional o de los gobiernos autónomos descentralizados, el Plan Nacional de Desarrollo y los intereses del Estado. El Plan Estratégico será una de las herramientas para evaluar a los administradores de las empresas.

2. RÉGIMEN COMÚN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública.

3. RÉGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. [...].

relacionadas con actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos y las de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional estaban exceptuadas de la aplicación de la LOSNCP, debía hacérselo dentro del articulado relativo al ámbito. De la forma en que se presentan estas excepciones, el resultado aparente es que no se deroga la normativa que regula su régimen contractual. No obstante, en el caso de los bienes estratégicos para la defensa nacional fue necesario expedir el Decreto Ejecutivo 1622²⁹⁴ que contiene el “Reglamento para Contrataciones de Bienes Estratégicos y Servicios Conexos necesarios para la Defensa Nacional”, lo que claramente habla de una ausencia de normativa, no de la supervivencia de una preexistente.

Más allá de las consideraciones expuestas, esos contratos nuevamente estarían sujetos al ámbito del SNCP, desde la expedición de la LOEP, pues su Art. 34 ya citado establece que “[...] las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional [...]” en la medida en que sean realizadas por empresas públicas, se someten al régimen común o régimen especial previsto en dicho cuerpo normativo. Es decir, las excepciones subsistirían únicamente dependiendo de los sujetos

²⁹⁴ R.O. 560 de 31 de marzo de 2009, reformado con Decreto Ejecutivo 455, RO Suplemento 252 de 6 de agosto de 2010.

que actúen como entidades contratantes: si son empresas públicas, están sujetos al ámbito de la LOSNCP, y si son otro tipo de entidades, continuarían excepcionadas.

- (ii) Antes de analizar esta excepción adelantamos nuestro juicio respecto a las contrataciones de régimen especial previstas en el Art. 2 de la LOSNCP. A nuestro parecer, éstas no son excepciones. No obstante, es curioso constatar cómo se genera una excepción de facto: el numeral 9 del Art. 2 de la indicada ley señala que gozan de régimen especial los procedimientos precontractuales de “[...] las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios [...]”. Empero, el RGLOSNC, que es el cuerpo normativo al que la ley delega la regulación de estas contrataciones en su fase precontractual, señala en dos disposiciones que, para contrataciones propias de su giro específico del negocio, no les son aplicables las normas de la LOSNCP²⁹⁵; y para contrataciones distintas del giro de sus negocios, se seguirán los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica²⁹⁶. Es absolutamente cuestionable que el reglamento establezca excepciones, pues para ello debió la propia ley preverlas.
- (iii) El Art. 3 de la LOSNCP se refiere a los casos de contrataciones que se financien “[...] con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o,

²⁹⁵ Art. 101 RGLOSNC.

²⁹⁶ Art. 102 RGLOSNC.

en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación [...]”. En estos casos, la LOSNCP se aplica de manera supletoria, en los aspectos que no se hubieran acordado en los respectivos convenios de crédito. No obstante, ya hemos reparado en que no debería entenderse que el Art. 288 de la Constitución debería aplicarse de forma supletoria, pues por motivos de jerarquía normativa, no podrían desatenderse sus disposiciones por convenios internacionales.

- (iv) En la Disposición General Tercera de la LOSNCP se establece que los contratos de permuta se regirán por las normas del Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil. Dado que por este contrato se podrían adquirir bienes, constituye también una excepción.
- (v) El COPYFP exceptúa ciertas contrataciones que, sin ser de deuda pública (están fuera del ámbito como se explicó) son necesarias para esos fines²⁹⁷.
- (vi) La disposición que se va a analizar, a manera de un impacto a tres bandas, establece una excepción de carácter subjetivo: las personas jurídicas de derecho privado que, por motivos de

²⁹⁷ La disposición dice: “Art. 137.- Contratos que contribuyan a concretar operaciones de endeudamiento público interno o externo.- En el caso de que para la negociación, instrumentación, perfeccionamiento de operaciones de endeudamiento público, colocación o recompra de títulos emitidos por el Estado, o la novación de deuda, se requiriera en forma previa o concurrente de la celebración de contratos que sin ser de deuda pública, fueren indispensables para coadyuvar a los señalados propósitos, tales contrataciones, estarán exceptuados del trámite previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante el ente rector de las finanzas públicas, deberá expedir para el efecto, los procedimientos que normen aquellas contrataciones, entre ellos, la selección, calificación y adjudicación. [...]”

incautación por deudas de sus accionistas, actualmente pertenecen al Estado. El COPYFP, a través de su Disposición Transitoria Décimo Segunda, mandó agregar un párrafo al final del último inciso de la Disposición Transitoria Primera de la LOEP, que tiene efecto directo sobre la LOSNCP. El texto establece que: "Mientras no se haya procedido a la venta o hasta que se conviertan en empresa públicas las sociedades o empresas incautadas por la extinta AGD no se someterán a los procesos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y tampoco lo harán el ente jurídico que mantenga la propiedad fiduciaria y representación legal de las mismas".

Esas son las excepciones que hemos identificado, puesto que las contrataciones sometidas a régimen especial no son excepciones según lo que se analizará más adelante.

También vale la pena evidenciar otra cuestionable forma de tratar las contrataciones de ciertas empresas. Dice el inciso final del numeral 8 del Art. 1 de la LOSNCP lo siguiente: "*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.*". Se confunde excepción con régimen especial, puesto que el Art. 1 en su conjunto trata del ámbito de la ley, sea cual sea el régimen al que se sometan las entidades contratantes. En cambio, el Art. 2 versa sobre los casos en que las contrataciones de las entidades sometidas a su ámbito, observan un procedimiento precontractual particular. Por ende, exceptuar a personas jurídicas referidas en el artículo del régimen especial

(que además señala entidades públicas y privadas que el Art. 1 expresamente las considera dentro de su ámbito) es contradictorio e ilógico, por lo que no se califica a éste como un caso de excepción.

En resumen, respecto al régimen de excepciones, se nota falta de técnica jurídica para expresar los supuestos de manera adecuada y clara (salvo los que se señalaron en los numerales (iii) y (iv) supra), y más bien se han construido verdaderos laberintos jurídicos que pueden dar lugar a interpretaciones y aplicaciones elusivas de la ley.

3.3.2. Régimen común y régimen especial.

Es necesario dejar en claro qué significa que un procedimiento goce de *régimen especial*, puesto que muchas veces se lo equipara con una excepción a la LOSNCP.

La clave para su diferenciación es el enunciado del Art. 2 de la LOSNCP: “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: [...]”.

Entonces, el régimen especial se refiere únicamente a los procedimientos precontractuales, no a los aspectos comunes de todos los procedimientos de contratación pública²⁹⁸, verbigracia: plan anual de contrataciones; estudios; presupuesto; participación nacional; asociación para ofertar; modelos obligatorios; uso de herramientas informáticas; compras corporativas; vigencia de la oferta; divulgación, inscripción, aclaraciones y

²⁹⁸ Nos referimos a las disposiciones que constan en el Título III “De los procedimientos”, Capítulo I “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, Sección I “Sobre la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios” de la LOSNCP.

modificaciones de los pliegos; adjudicación; declaratoria de procedimiento desierto; cancelación del procedimiento; adjudicatarios fallidos; y, expediente del proceso de contratación, así como tampoco se refiere a los aspectos propios de la fase contractual²⁹⁹.

En definitiva, lo que debe normar el Ejecutivo sobre el régimen especial son disposiciones especiales para la etapa precontractual, orientadas a aspectos procedimentales, pero estas contrataciones, desde luego, forman parte del SNCP, no están exentas de sus normas.

Si analizamos con una perspectiva histórica, la derogada Ley de Contratación Pública trataba algunos de los casos que ahora se consideran de régimen especial como excepciones a la ley y otros de una forma similar al régimen especial actual, según se muestra en el siguiente paralelismo:

EXCEPCIONES LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA³⁰⁰	RÉGIMEN ESPECIAL LOSNCP³⁰¹
Las instituciones del sector público respecto a los cuales una ley especial así lo haya dispuesto.	
Los contratos de adquisición de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico, que celebren las entidades del sector público, incluido el Instituto	Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

²⁹⁹ Nos referimos a todas las disposiciones del Título IV “De los contratos”.

³⁰⁰ Los tres primeros casos, contemplados en el Art. 2 como excepciones a la ley, los restantes contemplados en el Art. 6 como excepciones a los procedimientos precontractuales, pero sujetos en lo demás a las normas de esa ley.

³⁰¹ Art. 2 de la LOSNCP y 34 de la LOEP.

<p>Ecuatoriano de Seguridad Social, que presten servicios de salud, no se sujetarán a las disposiciones de esta ley, sino al reglamento que para el efecto dictará el Presidente de la República.</p>	
<p>Los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o las entidades del sector público.</p>	<p>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.</p>
<p>Los que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que sólo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar.</p>	<p>NOTA: este tipo de contratos se tratan como “Procedimientos Especiales” en el Art. 57 de la LOSNCP.</p> <p>Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal</p>

	<p>COMPRASPÚBLICAS.</p> <p>La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.</p> <p>En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.</p>
<p>Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con</p>	<p>NOTA: este tipo de contratos se trata como excepción en el Art. 3 de la LOSNCP.</p>

<p>Gobiernos extranjeros que ofrezcan financiamiento en términos concesionarios y ventajosos para el país, o por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro.</p>	<p>En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.</p>
<p>Los requeridos para la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes que se celebren con financiamiento de créditos otorgados por el sector privado, en base a un pedido formal del Gobierno del Ecuador.</p>	
<p>Los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del</p>	<p>Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del</p>

<p>Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.</p>	<p>Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional</p>
<p>Los de permuta, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia.</p>	<p>NOTA: este tipo de contratos se trata como excepción en la Disposición Genera Tercera de la LOSNCP. Los contratos de permuta no se regirán por esta Ley sino por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil.</p>
<p>Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica.</p>	<p>Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica.</p>
<p>Los de transporte de correo internacional, que se rigen por los convenios de la Unión Postal Universal, Unión Postal de las Américas y España; y, los de transporte interno de correo, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto.</p>	<p>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.</p>
<p>Aquellos cuyo proceso precontractual establecido en esta ley fuere</p>	

<p>declarado desierto después de la reapertura y fueren calificados como urgentes por el Presidente de la República.</p>	
<p>Los de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las instituciones públicas.</p>	<p>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.</p>
<p>Los que, por leyes especiales, estén exonerados de licitación y concurso público de ofertas.</p>	
<p>Los de adquisición de bienes respecto a los cuales se comprobaren que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativas de solución.</p>	<p>NOTA: Aunque la LOSNCP no lo prevé, consta en el Art. 95 del RGLOSNCP, inobservando el principio de legalidad.</p> <p>Se observará el mismo procedimiento previsto en la sección anterior para los procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo</p>

	<p>o mejoras de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admiten otras alternativas técnicas.</p>
<p>Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.</p>	<p>Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.</p> <p>También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.</p> <p>El régimen especial previsto en este</p>

	<p>numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.</p> <p>La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública</p>
	<p>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.</p>
	<p>Los que celebren 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</p>

	<p>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.</p>
	<p>En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable.</p>
	<p>En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto.</p>

Tabla 6. Comparación de régimen especial en la atigua ley y en la LOSNCP.

Fuente: Codificación de la Ley de Contratación Pública, LOSNCP.

Elaboración: propia.

Desde el art. 53 al 59 (Título III, Capítulo V) de la LOSNCP, constan los llamados “Procedimientos Especiales”, diferentes a los procedimientos de régimen especial aunque tengan una denominación similar que llama a confusión. Estos son: (i) la contratación integral por precio fijo (Arts. 53 a 56) que no establece diferencias respecto al procedimiento precontractual (que será la licitación), sino en la etapa contractual (establecimiento de un precio fijo y no precios unitarios e integración de varias fases: provisión, construcción, puesta en operación); (ii) las contrataciones en situaciones de emergencia (Art. 57) que cuentan con un régimen de dispensa de procedimientos precontractuales y eventualmente del régimen que regula la etapa contractual; (iii) la adquisición de bienes inmuebles (Art. 58) que tiene un procedimiento precontractual especialmente regulado; y, (iv) el arrendamiento de bienes inmuebles (Art. 59), cuyas normas de contratación deberán constar en el reglamento por remisión de la ley, pero que para fase contractual se remite al CC y a la Ley de Inquilinato según lo analizado en 3.3.1. anterior.

3.3.3. Clasificación de las contrataciones de régimen común.

Se advierte que la denominación de *régimen común* no es tomada de la LOSNCP sino de la LOEP. Según la LOSNCP, la clasificación es la siguiente:

PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS	
DENOMINACIÓN	BASE LEGAL
Compras por Catálogo	Arts. 43 a 46 LOSNCP
Subasta Inversa	Art. 47 LOSNCP
PROCEDIMIENTOS DE CONSULTORÍA	
DENOMINACIÓN	BASE LEGAL

Concurso Público	Art. 40 LOSNCP
Lista Corta	Art. 40 LOSNCP
Contratación Directa	Art. 40 LOSNCP
PROCEDIMIENTOS “GENERALES”³⁰²	
DENOMINACIÓN	BASE LEGAL
Licitación	Arts. 48 y 49 LOSNCP
Cotización	Art. 50 LOSNCP
Menor cuantía	Arts. 51 y 52 LOSNCP
Ínfima cuantía	Art. 52.1 LOSNCP
Ferías Inclusivas	Art. 6 No. 13 y 59.1 LOSNCP

Tabla 7. Clasificación de los procedimientos de régimen común.

Fuente: LOSNCP.

Elaboración: propia.

En la mayoría de los casos, el uso de uno u otro procedimiento depende del monto estimado del presupuesto para la contratación. Con el fin de visualizar tales montos, en el ANEXO 02 se aprecia su variación entre los años 2010, 2011 y 2012 - 2013, expresados en dólares norteamericanos.

3.3.4. Características y objetivos particulares de los procedimientos de régimen común.

3.3.4.1. Procedimientos dinámicos.

La Directiva 2004/18/CE emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo el 31 de marzo de 2004³⁰³, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 1, Definiciones, trae el siguiente concepto:

³⁰² La denominación es propuesta por el autor, no es una denominación de la ley.

³⁰³ Su texto se lo encuentra en: <http://simap.europa.eu/docs/simap/nomenclature/32004118es.pdf> (revisado a octubre de 2012).

6. Un «sistema dinámico de adquisición» es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones.

En la legislación ecuatoriana, este tipo de procedimientos son aptos para adquisición de bienes y servicios denominados *normalizados*. Aunque la LOSNCP (Art. 6 No. 2) los defina como aquellos cuyas características o especificaciones técnicas se hallan homologadas y catalogadas, no existe, ni se ha previsto en la estructura de la ley, un catálogo de bienes y servicios normalizados, más allá del procedimiento de *compras por catálogo*, que es una especie dentro de los procedimientos dinámicos. Ahora bien, la homologación de características o especificaciones técnicas nos conducen a una identificación de elementos homogéneos o estándar en ese tipo de bienes y servicios, de manera tal que la definición final de adjudicación se base por el aspecto económico, dado que los elementos de calidad, funcionalidad y utilidad estarían predefinidos y deberían cumplirlos todos los participantes. Una parte fundamental de los pliegos, para los procedimientos dinámicos, son las especificaciones técnicas, pues de ellas va a depender que las ofertas satisfagan las necesidades institucionales.

Lo ideal sería contar con normas técnicas que establezcan estas características homogéneas, y de esa manera evitar que cada entidad contratante las defina en cada procedimiento de contratación. En el Ecuador la

expedición de normas y reglamentos técnicos es competencia del INEN, conforme lo dispone la LSEC (ver numeral 2.2.1.4. supra). No obstante, a falta de normas técnicas que puedan ser referencia obligatoria en los procedimientos de contratación dinámicos, la LORLOSNCOP estableció que será el SERCOP y las entidades contratantes, en ese orden, quienes hagan las tareas de normalización³⁰⁴. No es la solución técnicamente ideal, pues implica asumir competencias que no le corresponden, pero es la solución temporal a un problema casi permanente.

El criterio de adjudicación para este tipo de procedimientos es el del precio más bajo, según la definición del numeral 17 del Art. 6 de la LOSNCOP: “Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.”

Y es que si se parte de que las condiciones del bien o servicio requerido están homologadas, entonces, en igualdad de condiciones, será el factor económico el que defina a quién se adjudicará la contratación.

La mayoría de los bienes corporales muebles son susceptibles de normalización, no así los servicios. Generalmente, para que éstos se consideren normalizados deben ser aquéllos en donde prima la parte material a la intelectual, a través de actividades recurrentes, repetidas y que pueden ser ampliamente ofrecidas como los servicios de limpieza o servicios de guardianía.

³⁰⁴ Ver Disposición Transitoria Primera de la LORLOSNCOP.

a) Compras por catálogo.

Este procedimiento de contratación consiste en el establecimiento de un catálogo electrónico donde se disponen bienes y servicios normalizados, con todas las indicaciones de sus características y especificaciones técnicas, a fin de que las distintas entidades contratantes los puedan solicitar directamente, sin mayores trámites precontractuales, por Internet, a través de una orden electrónica de compra.

Previamente, el SERCOP debe realizar procedimientos precontractuales de selección (no está definido el trámite ni en la ley ni en el reglamento, por lo que existe posibilidades de adaptación a casos concretos) que deben ser periódicos. Para ello, se deberá seleccionar bienes y servicios de demanda recurrente por parte de las entidades contratantes.

Como producto de la selección, el SERCOP debe adjudicar al o a los proveedores que ofrezcan las mejores condiciones, y procede a suscribir un *convenio marco*, instrumento que contendrá “[...] las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración [...]”³⁰⁵.

Se entiende que, por agrupación de toda la demanda pública, y por el interés que genere el tamaño de ese mercado, los proveedores tenderán a ofrecer condiciones especialmente convenientes al Estado, no obstante, puede haber algunos factores para que el precio obtenido no sea necesariamente el mejor del mercado, y esto puede obedecer a que no concursaron y presentaron ofertas todos los proveedores de ese sector o rama económica; a mecanismos de distribución que no permiten la participación directa de productores sino de

³⁰⁵ Art. 45 LOSNCP.

comercializadores o distribuidores; a que hay determinadas regiones con menor inflación que otras dentro del país; a que existen condiciones especiales de mercado como descuentos o rebajas de oportunidad, últimos productos en percha, cambio de temporada o de mercadería, cercanía de fechas de caducidad, etc.; o sencillamente, que los precios varíen en el tiempo durante el cual tiene vigencia el convenio marco. Por esa razón, la LOSNCP ha previsto dos situaciones:

- Mejora de condiciones a propuesta de los adjudicatarios, que lo pueden hacer en cualquier momento durante la vigencia del convenio marco según el procedimiento que se hubiera definido en ese procedimiento (Art. 45 LOSNCP).
- Mejora de costo ofrecida a una entidad contratante por parte de cualquier proveedor que no forme parte del catálogo electrónico. En este caso, la entidad deberá informar al SERCOP para determinar si efectivamente existe una mejora de costo (puesto que el precio es una de las condiciones, pero existen también plazos, calidad, lugares de entrega, garantías, etc. que se deben considerar). Si se llegare a determinar que efectivamente existen mejores condiciones en un determinado bien o servicio de las que se ofrecen a través del catálogo electrónico, el SERCOP debe adoptar “[...] las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes.” (Art. 46 LOSNCP).

Concluido el proceso de selección y suscritos los convenios marco, se procede a catalogar los bienes y servicios en la herramienta informática. Las

entidades contratantes solicitan al proveedor el bien o servicio requerido con una orden electrónica de compra, que junto con el acta de entrega, reemplazan al contrato (Art. 69 inciso segundo LOSNCP).

Finalmente, es necesario acotar que, en lo que a bienes y servicios normalizados se refiere, este procedimiento de compra es excluyente de los demás.

Las características de este procedimiento son las siguientes:

Objeto	Adquisición de bienes normalizados o prestación de servicios normalizados.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo.
Presupuesto	No se establece ni base ni techo.
Ventajas	<ul style="list-style-type: none">(i) Ahorro de tiempo y en general costos de transacción para la entidad contratante que no necesita realizar procedimientos de contratación.(ii) Sirve para homogenizar los bienes y servicios que se adquieren en el estado.(iii) Aprovecha economías de escala, en la medida en que el proveedor, frente al potencial mercado público unificado, abarata precios finales y ofrece en general mejores condiciones pos venta.(iv) Flexibilidad en el procedimiento de selección que debe llevar adelante el

SERCOP.

- (v) Posibilidad de establecer mejoras de costos y condiciones durante el período de duración del convenio marco.
 - (vi) Evita a las entidades contratantes ocuparse de la administración y manejo de inventarios y bodegaje, puesto que harán pedidos sucesivos y controlados de acuerdo a sus necesidades inmediatas.
 - (vii) Evita que los riesgos de corrupción se atomicen entre todas y cada una de las entidades contratantes, quienes deben realizar procesos de adquisiciones.
- Desventajas**
- (i) No garantiza que se obtengan las mejores condiciones y precios en todo el territorio nacional, en todos los casos.
 - (ii) Puede propiciar concentraciones en grandes proveedores que tienen mejores condiciones de competencia en general.
 - (iii) Podría propiciar esquemas de colusión entre funcionarios de las entidades contratantes y algunos proveedores del

catálogo electrónico para que se prefiera sus productos frente a los de otros proveedores.

En el ANEXO 03 se pueden constatar las cifras del procedimiento. Si bien es cierto que entre el 2010 y el 2011 se han incrementado ítems, montos y procesos de adquisición, en forma relativa no ha crecido el volumen de compra pública a través de este procedimiento. Todavía hay muchas oportunidades para aumentar los volúmenes de compra de bienes y servicios normalizados por convenio marco, que es ideal para reducir costos de transacción para las entidades, y obtener mejoras por agrupación de volumen de demanda.

La Ley Modelo CNUDMI³⁰⁶ trata a los convenios marco de la siguiente forma:

Definición	Por “acuerdo marco” se entenderá el acuerdo o los acuerdos 281 que se concierten al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados.
Etapas	La contratación con arreglo a un acuerdo marco es un proceso de adjudicación de un contrato que se programa en dos etapas: <ul style="list-style-type: none">• la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser

³⁰⁶ Arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1; 58 a 63.

partes de un acuerdo marco concertado con una entidad seleccionadora;

- la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo.

Tipos

1. Acuerdo marco cerrado: todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo.

- Se concertará por escrito y en él se estipulará la duración máxima; la descripción del contrato adjudicable y toda condición aplicable; si el contrato con arreglo al acuerdo marco se adjudicará a la oferta con el precio más bajo o a la más ventajosa; y, el modo en el que se adjudicará el contrato.
- Todo acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista revestirá la forma de un único acuerdo entre todas las partes, a menos que la entidad adjudicadora estime que, en interés de una de las partes en el acuerdo marco, sea conveniente celebrar acuerdos separados con cualquiera de los proveedores o contratistas que sean parte del acuerdo marco.

2. Acuerdo marco abierto: todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente.
- La entidad adjudicadora establecerá y gestionará por vía informática su acuerdo marco abierto.
 - La convocatoria a la participación en un acuerdo marco abierto se realizará de forma abierta, de la misma forma que la convocatoria para licitación.
 - La invitación deberá contener una declaración explícita conforme a la cual los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas.
 - Los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas a la entidad adjudicadora conforme a las condiciones enunciadas en la convocatoria para ser parte de ese acuerdo marco abierto.
 - La entidad adjudicadora evaluará todas las propuestas indicativas que se reciban mientras

esté en vigor el acuerdo marco, con la indicación de un plazo máximo para el efecto.

- La entidad adjudicadora podrá limitar el número máximo de partes en un acuerdo marco abierto sólo en la medida en que las limitaciones de la capacidad de su sistema de comunicaciones así lo exijan.
- En todo acuerdo marco abierto se deberá prever una segunda etapa competitiva para la adjudicación de todo contrato que se haga con arreglo al acuerdo.

Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora deberá publicar de nuevo por lo menos una vez al año la invitación a ser parte de dicho acuerdo y, además, garantizar un acceso directo, pleno y sin restricciones a las especificaciones y condiciones del acuerdo marco, así como a cualquier otra información necesaria para su buen funcionamiento.

Clases

1. Acuerdo marco con segunda etapa competitiva: se entenderá todo proceso de adjudicación con arreglo al método del acuerdo marco, ya sea abierto o cerrado, entablado con más de un proveedor o contratista, en el que al no haber sido posible determinar, al concluirse el acuerdo

marco, alguna de las condiciones de los contratos que se tenga previsto adjudicar, será preciso determinar o precisar esas condiciones en una segunda etapa competitiva.

- Se indicará la duración del acuerdo marco, así como todas las condiciones que se puedan precisar durante la segunda etapa competitiva.
- Se indicará el procedimiento que se seguirá en esa segunda etapa competitiva y su frecuencia probable, así como los plazos previstos para presentar ofertas en esa segunda etapa.
- Se indicará los procedimientos y criterios que se seguirán en la segunda etapa competitiva, junto con la ponderación relativa de esos criterios y la forma en que se aplicarán.
- Se podrá recurrir a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de un contrato en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva.

2. Acuerdo marco sin segunda etapa competitiva: se entenderá todo proceso de adjudicación, con arreglo a un acuerdo marco cerrado, en el que se hayan de concretar, al concertarse el acuerdo marco, todas las condiciones de los contratos que se vayan a adjudicar.

La entidad adjudicadora podrá contratar con arreglo a un acuerdo marco si prevé que:

- El contrato adjudicable resultará necesario con una frecuencia indeterminable o reiterada durante cierto período de tiempo.
- Debido a su naturaleza, el contrato adjudicable puede resultar urgentemente necesario durante cierto período de tiempo.

Para la segunda etapa de adjudicación del contrato con arreglo a un acuerdo marco, no se adjudicará contrato alguno a un proveedor o contratista que no sea parte de ese acuerdo.

Durante la vigencia de un acuerdo marco no estará permitido enmendar la descripción del objeto de la contratación. Solo podrán introducirse cambios en las demás condiciones de la contratación con inclusión de los criterios y el procedimiento para la adjudicación del contrato previsto, en la medida en que lo permita expresamente el acuerdo marco.

Tabla 8. Convenios marco según la Ley modelo CNUDMI.

Fuente: Ley modelo CNUDMI.

Elaboración: propia.

Las compras por catálogo en realidad son la actividad posterior que deben realizar las entidades contratantes (segunda etapa), luego de que el SERCOP efectúe la selección de los proveedores que integrarán el catálogo electrónico, con quienes se ha de firmar un convenio marco con las

condiciones y obligaciones de las prestaciones a que se comprometen por el tiempo que se estipulare (primera etapa).

Tal vez la primera recomendación debería ser cambiar la denominación del procedimiento, pues lo más propio sería llamarlo convenio marco o acuerdo marco, como lo llama la Ley Modelo CNUDMI.

El acuerdo marco ecuatoriano corresponde a un “Acuerdo marco cerrado” sin segunda etapa competitiva.

La mejora de costo ofrecida a una entidad contratante por parte de cualquier proveedor que no forme parte del catálogo electrónico (Art. 46 LOSNCP), de ninguna manera corresponde a un acuerdo marco abierto, pues no es una condición normal, sino que se refiere más bien a casos excepcionales. Es más, esta es una condición no consentida por la Ley Modelo CNUDMI: que se pueda adjudicar finalmente el bien o servicio a un proveedor que no forme parte del acuerdo marco.

En cuanto al procedimiento de selección que debe realizar el SERCOP, para este tipo de acuerdos marco cerrados, la Ley Modelo CNUDMI recomienda algunos mecanismos competitivos. La LOSNCP únicamente habla de un procedimiento de preselección, por lo que en la práctica se asemeja al de la licitación abierta³⁰⁷.

La otra sugerencia que se podría considerar es incorporar en la legislación la modalidad de acuerdo abierto, y la segunda etapa competitiva, sea en los de modalidad abierta como cerrada. La modalidad abierta puede ser útil para que puedan incorporarse, en el tiempo de vigencia del convenio marco, otros proveedores que ofrezcan las mismas o mejores condiciones, y la

³⁰⁷ Salvo el caso de compra de medicamentos por repertorio (denominación especial del catálogo electrónico), cuya primera etapa de selección se debe realizar a través de subasta inversa.

segunda etapa competitiva, para conseguir mejores condiciones económicas frente a una adquisición en concreto. Con ello se dotaría de más dinamismo a este procedimiento, para que los precios y otras condiciones no queden estáticas durante el tiempo de vigencia del convenio marco.

b) Subasta Inversa.

Las subastas suelen usarse para vender o para comprar, bajo dos grandes modalidades: la subasta ascendente, al alza o *subasta inglesa*, que parte de un precio base bajo y los interesados pujan ofreciendo precios al alza; o la subasta descendente, inversa, a la baja o *subasta holandesa* en que se parte inicialmente de un precio base alto que va a ir disminuyendo hasta obtener el precio más bajo de la transacción. En el caso de venta, la subasta inglesa parte de un valor inicial que irá incrementando con las sucesivas ofertas de los compradores que pujan por adquirir el bien. En el caso de la compra (Estado en materia de compra pública) el comprador ofrecerá pagar un valor inicialmente bajo, si no hay ningún vendedor que tome ese precio, el comprador irá aumentando escalonadamente el valor hasta que el primer vendedor lo acepte. En la modalidad de subasta holandesa, en el caso de la venta, el vendedor ofrecerá el producto a un precio alto, y lo irá rebajando en la medida que no exista comprador que lo tome, hasta que alguien lo acepte. Para la compra, el comprador partirá con el precio máximo que estaría dispuesto a pagar y luego solicitará a los vendedores las sucesivas ofertas a la baja, hasta determinar el mejor precio a pagarse.

El Art. 47 de la LOSNCP establece algunos rasgos particulares de este procedimiento:

- Es supletorio a la compra por catálogo, es decir, la entidad previamente debe verificar que su requerimiento no esté disponible en el catálogo electrónico;
- Sirve para adquirir bienes y servicios normalizados, aunque los llama *equivalentes*. La equivalencia precisamente sería una consecuencia de la homologación;
- Hay una puja de los oferentes por precios a la baja;
- La subasta puede llevarse a efecto en acto público o por medios electrónicos, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.

En cuanto a este último aspecto, efectivamente la ley prevé la posibilidad de realización de subastas no electrónicas, en actos públicos, pero en aplicación del principio de preeminencia de utilización de herramientas informáticas dentro de la contratación pública (Art. 28 LOSNCP) y dado que el propio Art. 47 de la ley libra al reglamento establecer las normas de funcionamiento de las subastas inversas, este cuerpo normativo regula a la subasta inversa electrónica; y en la Disposición Transitoria Quinta, se refiere a la subasta inversa presencial como excepcional “[...] por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el SERCOP [...]”. A decir verdad, es prácticamente una modalidad sin uso.

El procedimiento de subasta inversa electrónica exige una presentación de ofertas técnicas que deben ser calificadas previamente a la puja económica a la baja. Esta calificación técnica es necesaria para comprobar que el bien o servicio ofrecido cumple con las especificaciones técnicas de los pliegos, y va a garantizar calidad, funcionalidad, operatividad y oportunidad de la entrega. Únicamente los proveedores que hayan pasado esta calificación técnica se

habilitan para que ingresen (*suban* en lenguaje informático) su oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gob.ec, que deberá ser menor al presupuesto referencial y se mantendrá en secreto. La razón de esta operación es que, en el evento de que ninguno de los oferentes se presentare a la fase de puja, la entidad pueda adjudicar la subasta a aquél proveedor que hubiera ofertado el precio más bajo en este momento. Sobra decir que si ningún proveedor ingresare su oferta económica inicial, no se podrá continuar con el procedimiento.

Llegado el día y hora previsto para la puja, ésta se realizará en un lapso previamente definido por la entidad en los pliegos de entre quince a sesenta minutos. Los lances electrónicos sucesivos de precios hacia la baja, durante el período de la puja, no identifican al oferente por su nombre o denominación social, sino a través de un código o número aleatorio, con el objeto de mantener confidencialidad durante ese acto y evitar posibles entendimientos o actuaciones colusorias entre los participantes.

La adjudicación se dará al oferente que hubiere realizado la oferta más baja, pero el SOCE conjuga el precio neto con márgenes de preferencia por origen y por tamaño del proveedor, en cumplimiento del mandato constitucional del Art. 288 antes comentado y las recientes reglas de la LORLOSNCP.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 143, publicado en el suplemento del RO 71 de 20 de noviembre de 2009, se introdujo una variante que prácticamente es una deformación del procedimiento de subasta. Lamentablemente, esa deformación ahora es ley, pues la LORLOSNCP la ha consagrado en el actual inciso tercero del Art. 47 de la LOSNCP³⁰⁸. Y es que en nombre de la

³⁰⁸ “De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única de

oportunidad y la celeridad, para evitar la realización de otro procedimiento, se previó que en aquellos casos en que se presentare una sola oferta y ésta sea calificada técnicamente; o cuando se presentaren varias pero solo una calificare en los aspectos técnicos; o si luego de la calificación técnica un solo proveedor ingresare en el SOCE su oferta económica inicial, ante la imposibilidad de puja, se realizará una única sesión de negociación entre la entidad contratante y el oferente.

El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado. Si como resultado de la negociación se obtiene una oferta favorable a los intereses institucionales o nacionales (el concepto no puede ser más indefinido), la entidad contratante podrá adjudicar el contrato a este único oferente dentro de la subasta inversa. Nuevamente resaltamos que este mecanismo no corresponde al de una subasta a la baja, sino otro procedimiento de contratación y a nuestro juicio, no debería mantenerse como tal.

Las características de este procedimiento son las siguientes:

Objeto	Adquisición de bienes normalizados o prestación de servicios normalizados.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo.
Presupuesto	Superior al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.
Ventajas	(i) Ahorro de tiempo pues se trata de un

negociación entre la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente.”

procedimiento ágil.

- (ii) No tiene un techo presupuestario, por lo que puede emplearse para procedimientos cuantiosos
- (iii) Tiende al ahorro de recursos públicos en la medida en que exista una buena especificación técnica, una adecuada y objetiva calificación técnica y la suficiente competencia que empuje a la baja del precio.

Desventajas

Requiere de una gran experticia técnica de los funcionarios que llevan adelante el procedimiento, pues si la especificación técnica no es lo suficientemente precisa y objetiva para indicar funcionalidad, calidad y operatividad, seguramente el bien que resulte ganador, por más barato, no satisfará las necesidades de la entidad contratante.

Las cifras del procedimiento se exponen en el ANEXO 04. Por montos adjudicados, es el segundo procedimiento en importancia en el SNCP, además que tiene una alta utilización dado el número de procedimientos al año. Si revisamos las rebajas de presupuesto que se obtienen con la subasta inversa, existe una variante respecto a si la subasta se realiza con puja electrónica o si se lo hace con negociación, en los términos indicados anteriormente. Mientras el porcentaje de reducción de presupuestos es del 28% y 19% para los años

2010 y 2011, respectivamente, bajo la primera modalidad, solo alcanza un 11% y un 7%, en su orden, para los años 2010 y 2011, cuando procede la negociación. Es evidente, entonces, que a más participación o competencia, se consiguen precios más bajos. Hay que notar que en el transcurso de un año se nota un rendimiento decreciente de las rebajas de presupuestos alcanzadas mediante este procedimiento. Un tema que debería ser cuidadosamente analizado es si se justifica que los volúmenes de subastas sean tan altos en el caso de negociación con oferente único pues aproximadamente el 44% para el 2010 y el 48% para el 2011 de los casos de compras de bienes y servicios normalizados por subasta inversa, hubo un solo oferente, o un solo calificado técnicamente para la competencia económica. A nuestros ojos, ello revela fallas o insuficiencias de mercado, o también podría implicar posibles prácticas colusorias entre proveedores y funcionarios públicos que califican las ofertas.

La Ley Modelo CNUDMI³⁰⁹ trae las siguientes características de este procedimiento y modalidad de adjudicación a la vez:

Concepto	Se define como una técnica informática de contratación en tiempo real, de la que podrá valerse la entidad adjudicadora para seleccionar la oferta ganadora, consistente en que los proveedores o contratistas vayan presentando, durante un plazo establecido, ofertas cada vez más bajas, cuya evaluación será automática.
Modalidades	Puede ser un método de contratación en sí o una etapa previa a la adjudicación del contrato. También se podrá recurrir a ella para la adjudicación de un contrato en un

³⁰⁹ Arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53; 54; 55; 56; 57.

	<p>procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva.</p> <p>Cuando se emplee la subasta electrónica inversa como fase previa a la adjudicación del contrato en un método de contratación o en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores o contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación, que se celebrará una subasta.</p>
Procedencia	<p>Procede bajo las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que la entidad adjudicadora pueda formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable. • Que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas previsiblemente cualificados para participar en la subasta electrónica inversa que garantice que esta subasta será competitiva. • Que los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios.
Particularidades de la competencia	<ul style="list-style-type: none"> • Si el número de proveedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una verdadera competencia, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta. La cancelación será comunicada sin

tardanza a cada proveedor o contratista inscrito.

- El período que medie entre el envío de la invitación a inscribirse para participar en la subasta electrónica inversa y la celebración de ésta será suficientemente largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas a prepararse para la subasta, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora.
- Cada licitante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas.
- No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los licitantes, o entre los licitantes.
- En el curso de la subasta, la entidad no dará a conocer la identidad de ninguno de los licitantes.
- La subasta será clausurada de conformidad con los criterios comunicados a los proveedores o contratistas.
- La entidad adjudicadora podrá rechazar una oferta por considerarse anormalmente baja, o si alberga dudas sobre la capacidad del licitante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. En tal caso, deberá seleccionar la oferta que, al clausurarse

	<p>la subasta, tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa.</p>
<p>Evaluación y adjudicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La entidad adjudicadora podrá decidir, habida cuenta de las circunstancias de la contratación de que se trate, que la subasta electrónica inversa irá precedida de un examen o evaluación de las ofertas iniciales. • Toda oferta será objeto de evaluación automática, de acuerdo al criterio empleado. • Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la evaluación en lo que respecta al proveedor o contratista al que vaya dirigida la invitación. <p>La subasta electrónica inversa se basará:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando el contrato se adjudique a la oferta con el precio más bajo, en el precio; • Cuando el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, en el precio y los demás criterios que se hayan comunicado a los proveedores.

Tabla 9. La subasta inversa en la Ley modelo CNUDMI.

Fuente: Ley modelo CNUDMI.

Elaboración: propia.

En cuanto a la subasta inversa electrónica, lo primero que se debe considerar es que ésta, a más de ser un método de contratación en sí misma, puede ser también una etapa previa a la adjudicación llevada a cabo por otro

procedimiento. Esto quiere decir que bien podría realizarse, por ejemplo, una licitación en la que se contemple una evaluación técnica inicial y posteriormente, para la evaluación económica, se inserte un período de subasta inversa electrónica. Evidentemente esto puede tener muchas ventajas frente a la única opción de evaluar las ofertas económicas estáticas, remitidas en los sobres correspondientes.

Otro elemento de análisis es la necesidad planteada por la Ley Modelo CNUDMI de que exista un mercado competitivo para la subasta, y que se si prevé que no existirá el número de competidores suficiente, se podrá cancelar el trámite. En el caso ecuatoriano, por disposición reglamentaria (Art. 47 RGLOSNC), sí es posible continuar y finalizar el procedimiento precontractual con adjudicación, aún existiendo un solo oferente que haya presentado oferta o que haya resultado calificado técnicamente. A nuestro gusto, este mecanismo deja de ser subasta, pues pasa a ser una negociación cuya única finalidad será obtener un mejor precio, ya que ningún otro elemento puede estar comprendido dentro de las conversaciones que entablen la entidad y el proveedor. La ecuatoriana es una disposición interesante desde el punto de vista de la oportunidad, pues va a permitir adjudicar un procedimiento convocado de manera abierta, sin que sea necesario volver a abrir otro expediente precontractual de contratación pública.

En relación a la prescripción de que cada participante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas, se puede reparar que esto no significa necesariamente que se debe conocer el precio de todas las ofertas. Esta disposición puede cumplirse únicamente con notificaciones instantáneas y

automáticas de su posición después de haber realizado un lance. La ventaja de esta modalidad, que implica no publicitar los precios, es que el proveedor en competencia no realizará sus ofertas en función de los precios de los demás, sino en función de sus costos.

Finalmente, la Ley Modelo CNUDMI establece que podrá rechazar ofertas anormalmente bajas, aspecto no considerado en la normativa nacional. Somos del parecer que puede ser una disposición válida pues, por la modalidad de este procedimiento, puede ser atractivo a quienes quisieran efectuar prácticas reñidas con la sana competencia.

3.3.4.2. Procedimientos de consultoría.

La consultoría comprende únicamente cualquiera de los siguientes objetos y actividades:

OBJETO	ACTIVIDADES
Estudios (económicos, financieros, de organización, administración). Niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación	<ul style="list-style-type: none"> • Identificación • auditoría • planificación • elaboración • evaluación
Proyectos de desarrollo Niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación	<ul style="list-style-type: none"> • identificación • auditoría • planificación • elaboración • evaluación

Proyectos	<ul style="list-style-type: none"> • supervisión • fiscalización
Fases ex ante y ex post	<ul style="list-style-type: none"> • auditoría • evaluación
Software o programas informáticos	desarrollo
Asesoría	prestación de servicios
Asistencia técnica	prestación de servicios
Consultoría legal	
Auditoría	
Investigación	

Tabla 10. Contenidos de la consultoría.

Fuente: LOSNCP.

Elaboración: propia.

Se debe precisar que la consultoría, definida en el Art. 6 numeral 8 de la LOSNCP, es la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados. Cabe reparar si es necesario diferenciarlos de los procedimientos que denominamos *generales* (licitación, cotización y menor cuantía). Y es que más allá de que todos estos procedimientos contemplan una etapa de negociación, no existe una razón para especializarlos. Tienen también en común su especial característica de ser discriminatorios y proteccionistas de la consultoría nacional, como se analizará en el apartado 3.4.1.4. Pero ninguna de las dos razones expuestas son suficientes para justificar una diferenciación total en cuanto al procedimiento, como lo plantea la LOSNCP.

Respecto a quienes pueden participar en los procedimientos de consultoría, la ley y el reglamento contienen algunas disposiciones cuyo contenido resulta opinable. El Art. 41, inciso segundo, de la LOSNCP, señala que “Los procesos

de selección se harán entre consultores de la misma naturaleza; así entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan atender o estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría³¹⁰. Se establecen tres categorías de consultores quienes solo podrían concursar entre los de su propia especie: consultores individuales; firmas consultoras; y, organismos de consultoría.

Lamentablemente no se establece quiénes pertenecen a qué categoría, lo que nos obliga a realizar ejercicios interpretativos.

Los consultores individuales, claramente se refieren a personas naturales o físicas, y el Art. 38 de la LOSNCP les dedica disposiciones específicas sobre su ejercicio que se analizarán enseguida.

Ahora bien, para distinguir entre firmas consultoras y organismos de consultoría, es necesario recurrir al siguiente razonamiento: El Art. 37 de la LOSNCP postula que “La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas [...]”, ambas categorías (firmas y organismos) se corresponderían con el criterio de personas jurídicas. El Art. 39 de la misma ley señala que “Para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, deberá estar constituida de conformidad con la Ley de Compañías [...]”; más adelante se refiere a *personas jurídicas extranjeras*, a *compañías extranjeras* y a *empresas consultoras*. La generosa proliferación de términos (empresa, persona jurídica, compañía) complica la identificación, pero encontramos afinidad entre la categoría *firmas consultoras* con empresas o compañías consultoras. En otras palabras, cuando la ley habla de firmas consultoras, se está refiriendo a compañías o empresas de consultoría. Finalmente, para

³¹⁰ Igual categorización consta en el Art. 32 del RGLOSNCP.

establecer cuál es la identidad de los *organismos que estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría*, debemos recurrir a otra enunciación del mismo Art. 39, cuando en su párrafo cuarto apunta: “Las universidades y escuelas politécnicas, así como las fundaciones y corporaciones podrán ejercer la consultoría, de conformidad con las disposiciones legales o estatutarias que normen su existencia legal, siempre que tengan relación con temas de investigación o asesorías especializadas puntuales en las que demuestren su capacidad.” ¿Por qué consideramos que estas personas jurídicas corresponden a la categoría *organismos*? Porque, precisamente, el Art. 39 les da un tratamiento diferente y restringido para el ejercicio de la consultoría, no equiparable al de las compañías. Y en segunda, porque el Art. 41 se refiere a la aptitud y capacidad legal para atender la consultoría, que vendrían a ser los requisitos (que la ley o sus estatutos lo permitan) y los campos para los cuales se les consiente actuar (investigación y asesorías especializadas).

En general, esta diferenciación entre tres categorías de consultores nos parece discriminatoria y contraria a los principios de igualdad y trato justo. Lo fundamental es contratar a quien tenga la mejor aptitud legal, técnica y financiera frente a una consultoría, sin importar si es una universidad, una corporación o una empresa. No encontramos ningún sustento para propiciar, desde la ley, procedimientos que eliminen la competencia a través de impedir el acceso y participación de cierta clase de consultores.

Definido esto, vale la pena pasar revista de los requisitos para que cada una de estas categorías pueda ejercer la consultoría. Los consultores individuales (personas naturales) nacionales o extranjeros, deberán tener título de tercer nivel (Art. 38 LOSNCP).

Las firmas consultoras nacionales (compañías mercantiles) deberán estar constituidas de acuerdo a la Ley de Compañías y tener en su objeto social contemplada esta actividad (Art. 39 LOSNCP).

Las firmas consultoras extranjeras (compañías mercantiles) deberán demostrar estar facultadas en su país para ejercer esta actividad. Para la ejecución de los contratos deberán domiciliarse en el país de acuerdo a la Ley de Compañías. Además, no podrán ejercer en el país ninguna otra actividad que no sea la consultoría en el campo de su registro (Art. 39 LOSNCP).

Los organismos de consultoría (universidades y escuelas politécnicas; fundaciones y corporaciones) deberán observar si la ley y sus estatutos les permiten ejercer la consultoría, y su actuación estará restringida a investigación o asesorías especializadas.

El criterio que establece la ley para evaluar las ofertas en este tipo de procedimientos es el de calidad y costo. Por ello, las ofertas se deben presentar en dos sobres, el primero de ellos con la oferta técnica (calidad) cuyo peso en la calificación en ningún caso será menor al ochenta por ciento del total de la oferta; y el segundo de ellos con la oferta económica (costo), sin que pueda tener un peso en la calificación superior al veinte por ciento del total de la oferta. Con ello se sienta como principio que, en consultoría, el precio o aspecto económico tiene una relevancia baja, por cuanto se entiende que antes que el ahorro de recursos, se debe propender a elegir la mejor oferta técnica posible, que garantice la calidad de los informes, análisis, diseños, estudios o cualquiera sea el producto de consultoría. Tanto se privilegian los aspectos técnicos sobre los económicos que, en la etapa de negociación, común a todos los procedimientos de consultoría, se negocian los aspectos técnicos y

contractuales, y producto de ello, se podrían realizar ajustes económicos, lo que quiere decir que no existe negociación sobre la oferta económica como tal.

Todo procedimiento de consultoría debe observar las etapas de calificación, selección, negociación y adjudicación. Para los casos de concurso público y lista corta, las tres primeras etapas son competencia de la comisión técnica prevista en el Art. 42 de la LOSNCP, la adjudicación siempre compete a la máxima autoridad de la entidad contratante.

La secuencia es la siguiente: abierto el sobre uno, se procede a la calificación de las ofertas técnicas de conformidad a las normas aplicables y a los pliegos del procedimiento. Producto de ello se obtendrán puntajes para cada oferente. Luego, se abren los sobres dos, con la oferta económica, y se pondera los puntajes en las proporciones antes indicadas. Allí se obtendrá un orden de prelación asignado por los puntajes que obtuvo cada oferente. La negociación, entonces, se dará con el primer calificado, y de no llegarse a un acuerdo, se procederá con el segundo y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo. Entonces, se adjudicará el contrato.

Finalmente, hay que mencionar que es factible, por decisión de la entidad contratante, realizar procesos de precalificación de oferentes, en consideración a la complejidad y magnitud de las consultorías.

a) Contratación directa.

Tal como su denominación sugiere, este procedimiento no es concursal y, en ausencia de comisión técnica, todas las etapas de calificación, selección, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la entidad contratante, siempre con la posibilidad de delegación.

De inicio, se seleccionará a un proveedor habilitado en el RUP a quien se le invitará a presentar su oferta técnica – económica. Se realizará la evaluación y negociación, que de resultar exitosa, conducirá a la adjudicación del contrato. De no llegarse a un acuerdo, o si el invitado no presenta oferta, se invitará a otro proveedor, pero también existe la opción de realizar otro procedimiento, en este orden: lista corta y concurso público.

Las características de este procedimiento son las siguientes:

Objeto	Contratación de servicios de consultoría.
Criterio de adjudicación	Calidad y costo (Art. 6 No. 19 y 41 LOSNCP).
Presupuesto	Inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
Ventajas	Ahorro de tiempo pues se trata de un procedimiento de contratación directa
Desventajas	<ul style="list-style-type: none"> (i) Al no ser concursal, puede prestarse a discrecionalidad y a preferencias por uno o pocos consultores. (ii) No establece límites para que un mismo proveedor de servicios de consultoría sea adjudicatario en varios contratos que pudieran rebasar su dedicación horaria.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³¹¹	2011 ³¹²
Montos adjudicados (US \$)	92'860.614,58	119'640.001,32
Número de procedimientos	5.686	7.058
Valor promedio de cada contrato	16.331	16.950

Tabla 11. Cifras de la contratación directa de consultoría.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

Siendo para contrataciones menores, el número de procesos realizados y el monto de contratos adjudicados es sorprendente frente a los otros procedimientos de consultoría, cuyos coeficientes presupuestarios de partida son más altos. El número de procedimientos de lista corta es apenas el 10.9% para el 2010 y el 10.3% para el 2011, respecto a los de contratación directa, y sus montos alcanzan el 81.4% y 82%, para el 2010 y 2011, respectivamente, en todo caso menores. Igual sucede con las consultorías por concurso público, pues en número representan apenas el 0.82% para el 2010 y el 1.14% para el 2011. En cuanto a los presupuestos adjudicados, en el año 2010 el monto del concurso público representó el 42.37% respecto del total adjudicado por el procedimiento de contratación directa; aunque para el año 2011 ya fueron mayores los montos del concurso público. Aquí también hay campo para los auditores, pues no resulta razonable que un procedimiento para contrataciones de bajas cuantías supere en número y cantidades a los procedimientos para contrataciones altas. Esta no es la lógica que siguen los procedimientos para

³¹¹ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³¹² Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

construcción de obras, por ejemplo (menor cuantía, cotización y licitación) conforme se analizará más adelante.

Finalmente, la Contratación Directa es un procedimiento no competitivo, cuya decisión de invitar a un solo proveedor a que presente su oferta está librada enteramente a la voluntad de los órganos competentes de la entidad contratante. Ninguna de las causas por las que procede la “Contratación con un solo proveedor” de la Ley Modelo CNUDMI³¹³ (ANEXO 05) se ajusta a esta excesiva discrecionalidad establecida en el caso ecuatoriano. Tal vez por eso es que los resultados estadísticos que presenta ese procedimiento son anormales por su abultado monto de contrataciones. Lo que por lo menos debería existir es un límite al número de contratos que un solo consultor puede tener bien sea durante un período de tiempo; por montos de contratación acumulados; o, por tiempo de dedicación a cada consultoría a su cargo.

b) Lista corta.

Generalmente, la lista corta corresponde a la nómina de elegidos luego de un procedimiento de pre selección, no obstante en el Ecuador se ha adoptado esta terminología para significar un número reducido de invitados a presentar ofertas: entre tres y seis, a quienes se los invitará a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec. Quien selecciona los invitados es la entidad, contando al efecto con los proveedores habilitados en el RUP, registrados en la categoría correspondiente al objeto de la contratación.

En general, el procedimiento de evaluación, negociación y adjudicación es similar al del concurso público.

³¹³ Ver artículos 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

En caso de que los invitados no presentaren ofertas, o si las que se presentaren no resultaren calificadas, la entidad, luego de declarar desierto el procedimiento, podrá conformar una nueva lista corta para invitar a un nuevo procedimiento, o también podrá convocar a un concurso público.

Las características de este procedimiento son las siguientes:

Objeto	Contratación de servicios de consultoría.
Criterio de adjudicación	Calidad y costo (Art. 6 No. 19 y 41 LOSNCP).
Presupuesto	Superior el valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.
Ventajas	Es un proceso que tiende a la agilidad porque maneja número limitado de participantes y plazos relativamente cortos.
Desventajas	<ul style="list-style-type: none"> (i) No establece un criterio para integrar la lista corta de invitados, por lo que puede haber arbitrariedad de la entidad contratante en seleccionar los invitados. (ii) No establece mecanismos para diversificar los invitados a los procedimientos.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³¹⁴	2011 ³¹⁵
Montos adjudicados (US \$)	75'652.786,93	98'139.479,09
Número de procedimientos	622	733
Valor promedio de cada contrato	121.600	133.887

Tabla 12. Cifras de la lista corta de consultoría.

Fuente: LOSNCP.

Elaboración: propia.

Es curioso que los montos totales superen en un 48% al procedimiento de selección de consultores por concurso público que cubre cantidades más altas.

Por la forma de llevar adelante el procedimiento, se asimila a una “Solicitud de propuestas con negociación consecutiva”³¹⁶ (ANEXO 05) de la Ley Modelo CNUDMI. No obstante, por la forma de convocarse, se asimila a una “Licitación restringida”³¹⁷ (ANEXO 05) de la misma ley modelo, cuyo justificativo sería que el tiempo y los gastos que supondrían el examen y evaluación de un gran número de ofertas resulten desproporcionados en relación al valor del contrato. No obstante, en una “Licitación restringida” la Ley Modelo CNUDMI no admite negociación alguna, aspecto que ocurre necesariamente en el procedimiento de selección por lista corta.

En general, el uso de la terminología *lista corta* no es adecuada, puesto que en la práctica de la banca multilateral, la lista corta se conforma con proveedores preseleccionados para un procedimiento específico, o se los escoge de una base de proveedores ya previamente elaborada (precalificación

³¹⁴ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³¹⁵ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

³¹⁶ Arts. 30, 3; 50 de la Ley Modelo CNUDMI.

³¹⁷ Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

en los términos de la Ley Modelo CNUDMI), cuyas cualidades y desempeño han sido demostrados. No es una lista corta un mero ejercicio de determinar un número limitado de invitados a un procedimiento de contratación.

c) Concurso Público.

Este procedimiento tiene la característica de ser abierto y competitivo. Desde luego, para la participación de consultores extranjeros se deberá identificar previamente las áreas o campos en donde no exista capacidad nacional, conforme se verá más adelante.

Pese a ser el procedimiento de contratación de consultoría más complejo, los tiempos precontractuales podrían resultar cortos para determinados concursos, pues el más largo término para presentar ofertas (los dos sobres se deben presentar en forma simultánea, siendo la oferta económica enteramente electrónica) que podría ocurrir es de treinta días contados a partir de la publicación de la convocatoria con los pliegos precontractuales. Muchas veces, cuando se trata de realizar estudios o diseños de proyectos de infraestructura, los oferentes requieren recopilar y procesar gran cantidad de información internacional, nacional y local; así como, posiblemente, realizar visitas a sitio para identificar aspectos geográficos, hidrográficos, orográficos, etc. Luego, para identificar cuáles ofertas tienen las cualidades técnicas para considerarse aceptables, la Comisión Técnica tendrá diez días hábiles para hacer la evaluación de los sobres uno. Posteriormente vendrá la apertura de los sobres dos o económicos, y el SOCE automáticamente hará los cálculos correspondientes para ponderar las calificaciones técnicas (ingresadas por la entidad contratante al sistema) con las ofertas económicas (según los datos

ingresados por el oferente a través del portal), y determinar un orden de prelación para la negociación, empezando con la primera. Desde luego, no es necesario negociar con todas las ofertas calificadas, basta con que se llegue a un acuerdo con el primero para que se pueda adjudicar el contrato, previa a la suscripción del acta de acuerdo de la negociación, que contendrá los ajustes técnicos y económicos a la oferta que se hubieran convenido. Si no se llegare a un acuerdo con el primer calificado, en un término de dos días, se deberá continuar con el segundo y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo, o si eso no se hubiera dado, declarar desierto el procedimiento.

El cuadro de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de servicios de consultoría.
Criterio de adjudicación	Calidad y costo (Art. 6 No. 19 y 41 LOSNCP).
Presupuesto	Superior al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.
Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> (i) Es un procedimiento ampliamente concursal, por lo que se orienta a preservar la necesaria competencia y transparencia para obtener la mejor oferta posible. (ii) Pese a que cubre montos altos, sus plazos son relativamente ágiles.
Desventajas	Sus términos pueden resultar demasiado cortos para recibir ofertas en determinados ámbitos de

la consultoría.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³¹⁸	2011 ³¹⁹
Montos adjudicados (US \$)	39'353.435,11	195'997.252,01
Número de procedimientos	47	81
Valor promedio de cada contrato	837.307	2'419.719

Tabla 13. Cifras del concurso público de consultoría.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

Llama la atención el bajo número de procedimientos de concurso público de consultoría en relación a los de contratación directa.

El Concurso público tiene como características la exigencia de dos sobres con dos tipos de ofertas cada uno: el sobre uno con la oferta técnica y el sobre dos con la oferta económica. Aunque ambos se tienen que presentar en forma simultánea por parte del oferente, se abren en momentos diferentes: primero los sobres uno, para pasar por la evaluación técnica, y luego los sobres dos únicamente de los proveedores que hayan superado la evaluación técnica. Establecido el orden de calificación ponderada total (hay que recordar que la evaluación técnica no puede ser menor al 80%, y la económica no mayor al 20%), se procederá a negociar con el primer calificado, y de llegarse a un acuerdo, concluirá el procedimiento con la adjudicación. Si no se llega a un acuerdo con el primero, se negociará con el siguiente mejor calificado, y así sucesivamente en orden descendente. Esto marca algunas diferencias con el

³¹⁸ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³¹⁹ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

procedimiento de “Licitación en dos etapas”³²⁰ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05), pues en éste la idea de hacer una primera etapa relacionada con aspectos técnicos, de calidad o de funcionalidad de la oferta se debe a que no existe una definición clara de la entidad sobre el alcance de estos asuntos. Además, las negociaciones sobre estos aspectos deben realizarse con todos los oferentes, no solo con el primer calificado.

El Concurso Público se ajusta perfectamente a la modalidad de “Solicitud de Propuestas con negociación consecutiva”³²¹ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05), y solamente se diferencia en que, en ésta modalidad, no se admite en la negociación ninguna modificación sobre los aspectos técnicos, solamente sobre los financieros, todo lo contrario a lo que sucede en el procedimiento ecuatoriano, donde los ajustes económicos serán el resultado de los ajustes del alcance técnico de la oferta. En todo caso constituye una variación que preserva la calidad frente al precio, que es de tanta preocupación de los grupos dedicados a la consultoría.

3.3.4.3. Procedimientos Generales.

Hemos denominado a este grupo de procedimientos como *generales* en atención a su carácter tradicional y residual, bajo la actual estructura del SNCP.

Estos procedimientos aplicarán en las siguientes circunstancias:

- (i) En todos los casos de contratación de obras públicas;
- (ii) Cuando se adquiere bienes y servicios no normalizados;
- (iii) Cuando se adquiere bienes y servicios normalizados respecto de los cuales se hubieran declarado desiertos los procedimientos dinámicos;

³²⁰ Arts. 30, 1; 48 de la Ley Modelo CNUDMI.

³²¹ Arts. 30, 3; 50 de la Ley Modelo CNUDMI.

(iv) Cuando se adquiere bienes y servicios normalizados, cuando sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos.

Este último caso, que trata de imposibilidad de aplicación de procedimientos dinámicos, debe entenderse cuando media fuerza mayor o caso fortuito, puesto que, en tratándose de la adquisición de bienes o servicios normalizados, no debe existir aspectos legales, operativos o técnicos que imposibiliten la aplicación de la compra por catálogo electrónico o la subasta inversa electrónica.

a) Ínfima Cuantía

Curiosamente, y rompiendo el principio de legalidad, este procedimiento no estuvo previsto en la LOSNCP, sino que se lo creó en el RGLOSNCP. Con acierto, fue la LORLOSNCP³²² quien lo introdujo dentro de la normativa de rango legal, a partir de octubre de 2013.

³²² Art. 52.1.- Contrataciones de ínfima cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, exceptuando los de consultoría, que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3.- Las contrataciones de obras que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente, cuyo presupuesto referencial sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente. En el caso de que el objeto de la contratación no sea el señalado en este numeral, se aplicará el procedimiento de menor cuantía.

Las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores. Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos pre-contractuales; para el efecto, las entidades contratantes remitirán trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas.

Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes.

El reglamento a esta Ley establecerá los procedimientos para la aplicación de esta modalidad.

Esta contratación, que sirve para adquirir obras, bienes o servicios de valores considerados ínfimos, es la típica contratación directa, en que la entidad puede elegir libremente al proveedor, aún por fuera del RUP. No utiliza ningún elemento transaccional en el SOCE, más que una publicación posterior que se exige únicamente para transparentar el gasto realizado.

El riesgo de subdividir objetos contractuales para optar por este procedimiento es grande, y por eso la norma da un mensaje eminentemente disuasivo al indicar dichas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos, además que obliga a enviar reportes trimestrales al SERCOP, para efectos de control.

El cuadro de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de obras y bienes y servicios normalizados y no normalizados.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo para bienes y servicios normalizados (Art. 6 No. 17 LOSNCP) y mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales para bienes y servicios no normalizados y obras (Art. 6 No. 18 LOSNCP).
Presupuesto	La cuantía debe ser igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.
Ventajas	(i) Es un procedimiento absolutamente ágil, pues su contratación es directa, no

requiere de transacción en el SOCE, aunque sí publicación posterior, y el proveedor puede ser cualquier persona natural o jurídica aunque no estuviera habilitada en el RUP.

Desventajas

- (ii) Sus montos mínimos no son atractivos para grandes negociados.
- (i) Todo procedimiento de contratación directa entraña un alto riesgo de arbitrariedad y corrupción.
- (ii) Al no ser un procedimiento concursal, pueden adquirirse bienes, servicios y obras por precios superiores en relación a los precios promedios del mercado.
- (iii) Atrae a la subdivisión de los objetos contractuales, pues es más fácil realizar varias contrataciones directas que hacer un procedimiento precontractual para adquirir todo el conjunto.

A nuestro parecer, la regla para ésta y otras contrataciones de carácter directo debería ser la comparación entre proformas o cotizaciones (al menos

tres), lo que ayudaría a seleccionar el producto o servicio con un ejercicio mínimamente competitivo.

b) Menor Cuantía para bienes y servicios

Para adquirir bienes y servicios, normalizados o no normalizados, según los condicionamientos explicados anteriormente, dentro de los montos previstos para este tipo de procedimiento, la selección del contratista es directa.

La formulación de pliegos para la contratación, de acuerdo a la ley, es opcional (Art. 51 inciso final).

El esquema de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de bienes y servicios normalizados y no normalizados.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo para bienes y servicios normalizados (Art. 6 No. 17 LOSNCP) y mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales para bienes y servicios no normalizados (Art. 6 No. 18 LOSNCP).
Presupuesto	Entre el 0,0000002 y el 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.
Ventajas	(i) Es un procedimiento ágil, pues su contratación es directa, aunque requiere de transacción en el SOCE. (ii) Da preferencia a los proveedores micro

y pequeños –MIPE-, actores EPS, así como profesionales y artesanos, de la localidad³²³.

Desventajas

- (i) Todo procedimiento de contratación directa entraña un alto riesgo de arbitrariedad y corrupción.
- (ii) Al no ser un procedimiento concursal, pueden adquirirse bienes y servicios por precios superiores en relación a los precios promedios del mercado.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³²⁴	2011 ³²⁵
Montos adjudicados (US \$)	189'487.748,24	222'787.973,85
Número de procedimientos	16.126	14.978
Valor promedio de cada contrato	11.750	14.874

Tabla 14. Cifras de la menor cuantía para bienes y servicios.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

Aunque podríamos decir que esta cifra no es comparable con la de catálogo electrónico (debido a que éste aplica solo para bienes y servicios normalizados), la supera con algunas decenas de millones para ambos años.

³²³ De acuerdo al Art. 6 No. 15 de la LOSNCP reformada por la LORLOSNCPC “15. Local.- Se refiere a la circunscripción territorial, sea parroquial rural, cantonal, provincial, regional, donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública.”

³²⁴ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³²⁵ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

Esto corrobora que el mecanismo de compra por catálogo electrónico debe incrementar su importancia dadas sus ventajas en cuanto a eficiencia.

Si consideramos que, por los apoyos a los micro y pequeños proveedores locales, estos montos debieron destinarse con preferencia hacia ellos, se está cumpliendo en buena medida con los objetivos del SNCP.

La Menor Cuantía para bienes y servicios, durante los primeros cinco años de funcionamiento del SNCP fue un procedimiento de contratación directa, a discreción de la entidad. Nuestra posición fue la de convertir a este procedimiento en algo análogo a la “Solicitud de cotizaciones”³²⁶ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05) que cumple con estándares internacionales como un procedimiento posible y aceptable. La “Solicitud de Cotizaciones” abarca procesos de cuantías limitadas en que se solicita cotizaciones al mayor número posible de proveedores, con un mínimo de tres. Finalmente, la LORLOSNCPC así lo ha consagrado, en beneficio de la transparencia y la concurrencia³²⁷.

c) Menor Cuantía para obras

Para la construcción de obras dentro de los montos aplicables a este tipo de procedimiento, la selección del contratista busca ser rotativa y aleatoria, a fin de evitar la acumulación de contratos en pocas manos.

Para empezar, con el fin de cumplir con los criterios de contratación preferente y privilegiar la contratación con MIPE, artesanos, profesionales y

³²⁶ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

³²⁷ El texto añadido en el Art. 51 LOSNCPC dice: “En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad”.

actores EPS de la circunscripción territorial³²⁸ que corresponda, el portal www.compraspublicas.gob.ec invitará únicamente a los proveedores que cumplan con esas condiciones.

Éstos aceptarán la invitación a través de la presentación de ofertas técnicas y la manifestación expresa de adhesión y conformidad con el presupuesto referencial de la obra fijado por la entidad contratante.

Enseguida, corresponde a la entidad calificar las ofertas técnicas y determinar quiénes serán los habilitados para un sorteo público.

El esquema de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de obras.
Criterio de adjudicación	Mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales (Art. 6 No. 18 LOSNCP).
Presupuesto	Entre el 0,0000002 y el 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.
Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> (i) Es un procedimiento ágil. (ii) Permite elegir entre varias ofertas. (iii) Busca dinamizar economías locales, entendidas como la jurisdicción parroquial, cantonal, provincial o regional donde se ejecutará la obra. (iv) Da preferencia a las MIPE, actores

³²⁸ La LORLOSNCNP modificó el esquema territorial de preferencia. Anteriormente la preferencia era cantonal, actualmente se establece en función de los distintos niveles, ya sea parroquial, cantonal, provincial o regional. Esto se desprende de los nuevos textos de los numerales 15 y 22 de la LOSNCP.

EPS y profesionales de la localidad.

- (v) A partir de la reforma al RGLOSNCNP de agosto de 2011³²⁹ se ha previsto un límite para el número de sorteos que podría beneficiar al mismo proveedor. Eso mismo se ha recogido en la LORLOSNCNP³³⁰.

Desventajas

- (i) No es un método ideal cuando el número de contratos que se ejecutan en una localidad es limitado y la cantidad de proveedores es grande.
- (ii) Para que todas las ofertas estén en igualdad de condiciones para el sorteo, no se admiten propuestas que puedan ofrecer precios más bajos que los fijados por la entidad.
- (iii) Que una adjudicación dependa de la suerte no siempre es un buen método de asignación contractual, a menos que el número de contratos se corresponda

³²⁹ Decreto Ejecutivo 841, RO 512 de 15 de agosto de 2011.

³³⁰ El texto reformativo, en su parte pertinente, señala: “Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de obras alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes.

Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras.”

con el número de proveedores.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³³¹	2011 ³³²
Montos adjudicados (US \$)	423'867.950,25	459'143.408,76
Número de procedimientos	10.062	10.247
Valor promedio de cada contrato	42.125	44.807

Tabla 15. Cifras de la menor cuantía para obras.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

La Menor Cuantía obras, en cuanto invita a todo un universo de proveedores que cumplan con ser MIPE, actores EPS y domiciliados en la circunscripción territorial donde se construirá la obra, efectúa una calificación exclusivamente técnica y no económica, y selecciona al adjudicatario por sorteo aleatorio, no tiene parangón con ninguna modalidad internacional. Tiene una buena intencionalidad de posibilitar que las contrataciones se distribuyan en la geografía nacional y que propicien la contratación con MIPE y actores EPS, no obstante hay una situación que deben afinarse: debería habilitarse la posibilidad de preselección, lo que evitaría que se deba calificar las ofertas técnicas de los mismos proveedores locales cada vez que se quiera contratar una obra. Es muy saludable que la LORLOSNCOP haya acogido una propuesta nuestra referente a que no solamente sea la circunscripción cantonal la que defina la preferencia local, dado que en ciertas circunscripciones municipales existen muchos proveedores que deberían esperar años para ser favorecidos

³³¹ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³³² Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

con el sorteo, mientras que en otras hay tan pocos que resultarían adjudicatarios múltiples veces.

El sorteo es un mecanismo que sirve para asignar equitativamente contratos entre proveedores que presenten iguales condiciones, y siempre que cada proveedor que va siendo adjudicado deba esperar a que se asigne un contrato a todos los demás. En caso contrario, lo aleatorio de la modalidad podría implicar varias adjudicaciones a un mismo proveedor en virtud del azar. Este saludable criterio ha sido recogido por la LORLOSNCNP al establecer una limitación a las adjudicaciones mediante este procedimiento cuando hubieran contratos vigentes.

d) Cotización de bienes, servicios y obras.

Con la reforma de la LORLOSNCNP, este procedimiento tuvo una transformación importante. Antes de octubre de 2013, para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados y construcción de obras que corresponda tramitarse por este procedimiento, se debía invitar, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, a por lo menos cinco proveedores registrados en el RUP de la localidad y que sean MIPE, artesanos o profesionales. La invitación se realizaba con sorteo público y aleatorio efectuado en el SOCE. Sin embargo, podían intervenir en este procedimiento otros proveedores que no tuvieran esas categorías y domicilio, para lo cual se había previsto un mecanismo de *autoinvitación*. Todo esto significó un complejo entramado de ventajas, traducidas en puntos adicionales, para los proveedores favorecidos por el sorteo para la invitación, así como por las condiciones de tamaño y localidad indicadas. Actualmente, la ley prevé que se invitará a

presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el RUP, con lo que, en cuanto a concurrencia, se equipara al procedimiento de licitación.

Si bien los pasos procesales son los mismos de la licitación, el término que debe transcurrir entre la convocatoria y la presentación de ofertas en cotización es menor: entre siete y veinte días.

El esquema de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de bienes y servicios normalizados y no normalizados y obras.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo para bienes y servicios normalizados (Art. 6 No. 17 LOSNCP) y mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales para bienes y servicios no normalizados y obras (Art. 6 No. 18 LOSNCP).
Presupuesto	<ul style="list-style-type: none">• Entre el 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, para bienes y servicios;• Entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico para el caso de construcción de obras.
Ventajas	(i) Es un procedimiento relativamente ágil, tanto por plazos como porque busca un limitado número de competidores.

- (ii) Da preferencia a los proveedores micro y pequeños –MIPE-, actores EPS, así como profesionales y artesanos, de la localidad³³³.
- (iii) No impide la participación de otros proveedores fuera de la localidad y que eventualmente sean medianos o grandes proveedores, aunque competirán en desventaja.

Desventajas

Actualmente, luego de la reforma, la participación de todo proveedor en procedimientos de cuantías medianas como los de cotización, pudiera atentar a la eficiencia y oportunidad de la contratación.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³³⁴	2011 ³³⁵
Montos adjudicados (US \$)	459'147.756,01	643'732.556,50
Número de procedimientos	2.409	2.839
Valor promedio de cada contrato	190.596	226.746

Tabla 16. Cifras de la cotización.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

³³³ De acuerdo al Art. 6 No. 15 de la LOSNCP reformada por la LORLOSNCPC "15. Local.- Se refiere a la circunscripción territorial, sea parroquial rural, cantonal, provincial, regional, donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública."

³³⁴ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012)

³³⁵ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012)

Las características particulares para selección de invitados en el procedimiento de Cotización, como se lo concibió en un inicio, las encontramos en la modalidad de “Licitación restringida”³³⁶ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05), en la medida en que no conviene hacer una convocatoria abierta pues el tiempo y los gastos que demandarían examinar y evaluar una gran número de ofertas resultarían desproporcionados en relación al valor del objeto del contrato adjudicable. No se admite negociación de ofertas y la convocatoria se debe realizar a un número suficiente de proveedores para mantener la competencia. No obstante, también se asemeja a la modalidad “Solicitud de cotizaciones”³³⁷ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05) si el procedimiento es para adquirir bienes o servicios normalizados, en los casos que la normativa nacional lo permite.

e) Licitación de bienes, servicios y obras.

Este procedimiento está diseñado para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados y construcción de obras. Es de tipo abierto y competitivo, sin restricciones.

Los pasos procedimentales que se prevén son la convocatoria, término para preguntas, respuestas y aclaraciones, fecha de presentación de ofertas, fecha de apertura de ofertas, término de evaluación, término para convalidación de errores, de ser el caso, informe de calificación de ofertas, adjudicación (o declaratoria de desierto).

A diferencia del concurso público de consultoría (y en general de los procedimientos de consultoría), si bien es cierto también se prevén dos sobres,

³³⁶ Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

³³⁷ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

uno para la oferta técnica y otro para la económica, no se realiza por separado la contabilización del puntaje, sino que todo se pondera dentro del concepto de *mejor costo* en bienes y servicios no normalizados y obras³³⁸. El peso que se dará a la parte económica será el que señale la entidad contratante en los pliegos correspondientes.

El procedimiento presenta el siguiente esquema de características:

Objeto	Contratación de bienes y servicios normalizados y no normalizados y obras.
Criterio de adjudicación	Precio más bajo para bienes y servicios normalizados (Art. 6 No. 17 LOSNCP) y mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales para bienes y servicios no normalizados y obras (Art. 6 No. 18 LOSNCP).
Presupuesto	<ul style="list-style-type: none"> • Superior a 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, para bienes y servicios; • Superior a 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico para el caso de construcción de obras.

³³⁸ Art. 6 numeral 18 LOSNCP: “Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.”

Ventajas

- (i) Es un procedimiento ampliamente concursal, por lo que se orienta a preservar la necesaria competencia y transparencia para obtener la mejor oferta posible.
- (ii) Pese a que cubre montos altos, sus plazos son relativamente ágiles.

Desventajas

- (i) Sus términos pueden resultar demasiado cortos para recibir ofertas en determinados ámbitos de la construcción de infraestructura.
- (ii) La modalidad de evaluación de ofertas puede prestarse para aplicación de criterios subjetivos.

Las cifras del procedimiento:

	2010 ³³⁹	2011 ³⁴⁰
Montos adjudicados (US \$)	1.429'300.531,02	1.966'313.867,33
Número de procedimientos	531	570
Valor promedio de cada contrato	2'691.714	3'449.673

Tabla 17. Cifras de la licitación.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

³³⁹ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre 2012).

³⁴⁰ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

En este caso observamos una lógica, pues pocos procesos alcanzan el mayor volumen de adjudicaciones de todos los tipos que hemos denominado de régimen común (algo que notamos, no se da en las contrataciones de consultoría).

La Licitación es, inconfundiblemente, equivalente a la “Licitación abierta”³⁴¹ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05), no solamente por su forma de convocar de manera amplia a todo proveedor que pueda cumplir las exigencias de la contratación, sino que además, no prevé la posibilidad de negociar respecto de las ofertas presentadas.

f) FERIA INCLUSIVA.

Con escasísima regulación en un principio, a raíz de las disposiciones de la LORLOSNCPP se perfila como un procedimiento con gran protagonismo en la ejecución de compras públicas.

Su ubicación dentro de los que hemos denominado procedimientos generales, obedece a que, definitivamente, no es un procedimiento dinámico, y tampoco es útil para contratar consultoría, sino que se puede utilizar para adquirir bienes y servicios, sean normalizados o no normalizados.

El Art. 6 numeral 13 de la LOSNCPP presenta a este procedimiento como una exigencia desde la demanda, no desde la oferta, es decir, son las entidades contratantes las que presentan sus requerimientos y necesidades de bienes y servicios. Los proveedores destinatarios serán artesanos y MIPE. Se define como características especiales de estos procedimientos la inclusión, la agilidad y la transparencia. Para posibilitar la inclusión es necesario que un

³⁴¹ Ver Arts. 28; 36 a 44 de la Ley Modelo CNUDMI. Se trata de un procedimiento público y abierto, sin ningún tipo de restricciones.

mismo objeto contractual se adjudique a varios proveedores que tengan las características preferenciales.

La LORLOSNCNP incluyó un Capítulo VI dentro del Título III de la ley dedicada a esta modalidad (Art. 59.1)³⁴².

El esquema de características de este procedimiento es el siguiente:

Objeto	Contratación de obras, bienes y servicios de producción nacional normalizados y no normalizados.
Criterio de adjudicación	Criterios de compras de inclusión que se determinen en los pliegos (Art. 6 No. 4 LOSNCNP).
Presupuesto	Sin piso ni techo.
Ventajas	<ul style="list-style-type: none">(i) Es un procedimiento orientado exclusivamente a MIPE, artesanos y actores EPS, sin posibilidad de participación de otro tipo de proveedores.(ii) Sus criterios inclusivos permiten asignar un objeto contractual a varios proveedores, con lo que se democratiza la contratación pública.(iii) Llega directamente a los micro y pequeños productores y actores EPS

³⁴² Art. 59-1.- Feria Inclusiva.- La Feria Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

sin intervención de intermediarios o comercializadores, con lo que se podría conseguir abaratamiento de costos.

Desventajas

Las definiciones de criterios inclusivos pueden, en algún momento, pesar sobre la evaluación de las ofertas por encima de los criterios técnicos y de calidad de los bienes.

La feria inclusiva es un procedimiento sui generis de la legislación ecuatoriana, que podría tener sustento en la modalidad de la Ley Modelo CNUDMI denominada “Contratación con un solo proveedor”³⁴³ (ANEXO 05), en la medida en que se hace necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado (en este caso MIPE o actor EPS) para promover alguna política socioeconómica del Estado. Aunque la feria inclusiva no es un caso de contratación directa, siempre se va a referir a la participación exclusiva de cierto tipo de proveedores, cerrando la posibilidad de participación a quienes no reúnan esas condiciones. La LORLOSNCP estableció que este procedimiento será preferentemente utilizado por las entidades contratantes, por lo que ante cualquier necesidad de bienes, servicios u obras, se debería anteponer la feria inclusiva a cualquier otro procedimiento de los que hemos analizado. Sin duda este extremo resulta preocupante, pues implica favorecer a un determinado grupo de proveedores sobre los demás, cuyo efecto es restringir la competencia y la concurrencia, con posibles efectos negativos en cuanto a calidad y precio.

³⁴³ Ver Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

3.3.4.4. Orientación a objetivos.

Con el fin de identificar la orientación a algunos objetivos claves propios del SNCP de cada uno de los procedimientos de régimen común, en el ANEXO 06 presentamos un cuadro comparativo que clasifica a los procedimientos en cuanto a su agilidad, concurrencia y transaccionalidad en el portal.

En general, dentro del régimen común de contratación, existen procedimientos ágiles (únicamente se consideran como de una agilidad “media” a la lista corta y concurso público de consultoría, a la cotización, licitación y feria inclusiva, todos los demás pueden llevarse a cabo con “alta” agilidad), orientados a la transparencia en la medida en que su publicidad se realiza por internet y su transacción se realiza en el portal. No obstante hay que reconocer que los procedimientos abiertos no son la mayoría (únicamente la compra por catálogo, la subasta inversa, el concurso público de consultoría y la licitación se pueden considerar procedimientos de concurrencia abierta).

Además, por el mandato ya conocido del Art. 288 de la CRE, todos los procedimientos de contratación discriminan en favor de los productores que se consideren oferentes nacionales y además, que se consideren como MIPYME y actores de la economía popular y solidaria, por lo tanto, prácticamente todas las contrataciones tienen requisitos de producción nacional y de tamaño de proveedores.

3.3.5. Algunas consideraciones sobre los procedimientos de régimen especial.

Al iniciar este análisis es preciso indicar que el presente trabajo se ha referido fundamentalmente al régimen común de contrataciones públicas, sin

entrar a profundizar sobre el régimen especial. No obstante, la importancia de algunas de estas contrataciones, amerita que se realice esta puntual referencia.

El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción MESICIC, en el Informe Final sobre el Ecuador, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010³⁴⁴, en la Recomendación 1.2.1 “Fortalecer los procedimientos de licitación pública, por concursos de ofertas y contratación en general”, recuerda la sugerencia emitida por el Comité antes de la expedición de la LOSNCP: “Revisar las exclusiones, excepciones y regímenes especiales de contratación unificando sus sistemas y prácticas, particularmente las contenidas en los artículos 4 a 6 de la Ley de Contratación Pública y los artículos 12 y 14 de la Ley de Consultoría, y que la licitación y concurso público de ofertas constituyan la regla general para la selección de los procedimientos de contratación en el sistema estatal de adquisiciones de bienes y servicios, asegurando así la observancia de los principios de publicidad, equidad, y eficiencia previstos en la Convención.” Luego de considerar las respuestas dadas por Ecuador, basadas en la derogatoria de las señaladas leyes de contratación pública y de consultoría; la vigencia de la LOSNCP; y, la expresa derogatoria de las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, el Comité analizador señala que el Art. 2 de la LOSNCP establece un régimen especial para ciertas categorías de contrataciones, y en ese sentido, “[...] toma nota de los pasos dados por el Estado analizado para avanzar en la implementación de la recomendación

³⁴⁴ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf (revisado a noviembre de 2012).

anterior y su medida, y de la necesidad de que éste de (SIC) atención adicional a su implementación.” Es decidor, pues, este comentario del MESICIC, ya que no considera adecuado aún el esquema presentado por Ecuador en cuanto a contrataciones de régimen especial.

Pasemos a analizar cada uno de los casos establecidos en la legislación positiva sobre régimen especial y el tratamiento dado, con el fin de dar las recomendaciones pertinentes, en función de los estándares internacionales.

El primero es la *adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud*³⁴⁵. Al efecto, el reglamento ha previsto cinco modalidades de procedimientos precontractuales:

- Subasta Inversa Corporativa y posteriormente Convenio Marco para compra por catálogo (repertorio de medicamentos), para medicamentos del cuadro básico.
- Subasta Inversa Institucional.
- Contratación directa para proveedores exclusivos.
- Adquisición con organismos internacionales.
- Importación directa cuando el medicamento sea especial y no se lo pueda conseguir en el país.

En la práctica, bajo este régimen especial se consideran modalidades de la Ley Modelo CNUDMI denominadas “Subasta electrónica inversa”³⁴⁶, para la primera etapa de selección y una variante de la “Contratación con arreglo a un acuerdo marco”³⁴⁷ (ANEXO 05), denominado en el Ecuador “Repertorio de medicamentos”, que se forma luego de realizar una subasta inversa

³⁴⁵ Art. 2 No. 1 LOSNCP; Arts. 77 a 85 RGLOSNCPC.

³⁴⁶ Arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53; 54; 55; 56; 57 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁴⁷ Arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1; 58 a 63 de la Ley Modelo CNUDMI.

corporativa, que aglutina toda la demanda de las entidades prestadoras de salud: Ministerio de Salud, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional.

Hay casos de “Contratación con un solo proveedor”³⁴⁸ (ANEXO 05) comprendidos en situaciones de exclusividad y de medicamentos especiales que no presenten oferta de un número de proveedores significativos. Igualmente, se podría considerar dentro de este parámetro a la contratación directa realizada con organismos internacionales de salud, como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Panamericana de la Salud.

Al final de este recuento observamos que no se justifica tener un régimen especial para la adquisición de medicamentos, pues todos se circunscriben dentro de las posibles modalidades internacionalmente adoptadas por la Ley Modelo CNUDMI. Desde luego, es necesario considerar que en materia de salud es preciso contar con mecanismos ágiles para prevenir desabastecimientos de medicinas y para reaccionar frente a posibles situaciones extremas como son las epidemias. Pero estas circunstancias se las puede manejar desde las situaciones de emergencia o urgencia, y no desde un régimen especial que resulta innecesario.

El segundo caso de régimen especial son las *adquisiciones 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*³⁴⁹. Este caso nos parece innecesario, pues bien podría considerarse dentro de la excepción “de los bienes de carácter estratégico

³⁴⁸ Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 Ley Modelo CNUDMI.

³⁴⁹ Art. 2 No. 2 LOSNCP; Art. 86 RGLOSNC

necesarias para la defensa nacional” contemplada en las disposiciones derogatorias, concretamente en el numeral 9, de la LOSNCP, aspecto tratado en el numeral 3.3.1., acápite (i) supra, allí donde persista la excepción y no se trate del régimen especial de las empresas públicas conforme se lo indicó en su oportunidad. Aparentemente la diferencia entre el régimen especial y la excepción serían ciertas contrataciones que no estén previstas como bienes de carácter estratégico, pero esos casos bien podrían estar comprendidos dentro de situaciones de emergencia, previstas en el Art. 57 de la LOSNCP, en la medida que la Ley Modelo CNUDMI, dentro de la modalidad “Contratación con un solo proveedor”³⁵⁰ (ANEXO 05), prevé la posibilidad de que la entidad adjudicadora determine que cualquier otro método resulte inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado. Pero esta misma consideración puede dar lugar a otro procedimiento potencialmente competitivo, si no se trata de una situación de emergencia: la modalidad “solicitud de propuestas con diálogo”³⁵¹ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05).

El tercer caso de régimen especial es *contrataciones 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*³⁵². De acuerdo al Reglamento, que detalla los procedimientos, se contratan de manera directa los estudios para formulación de estrategias comunicacionales y los medios para su difusión. Pueden contratarse productos comunicacionales por invitación a entre tres y cinco proveedores o en forma directa. Somos del

³⁵⁰ Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵¹ Arts. 30, 2; 49 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵² Art. 2 No. 3 LOSNCP; Arts. 89 a 91 RGLOSNC.

parecer que el primero de los objetos contractuales: los estudios para estrategias comunicacionales, no requiere inexcusablemente una contratación directa. El procedimiento adecuado podría ser una “Licitación restringida”³⁵³ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05), aunque ésta podría tener el limitante de no permitir negociación alguna respecto de la oferta presentada, lo que sin duda puede ser necesario a este tipo de contrataciones. Si el caso es tener la posibilidad de negociación de algunos aspectos de la oferta, se podría acudir a la modalidad de “Licitación en dos etapas”³⁵⁴ o “Solicitud de propuestas con diálogo”³⁵⁵ de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05).

Parece lógico que la contratación de medios de comunicación y difusión sea directa, pues no todos los medios ofrecen el mismo público objetivo al que llegar con la publicidad.

Finalmente, la contratación de productos comunicacionales podría referirse a una modalidad de “Licitación restringida”³⁵⁶ o inclusive “Solicitud de cotizaciones”³⁵⁷ de la Ley Modelo de la CNUDMI.

La cuarta modalidad de régimen especial son *las contrataciones que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes*³⁵⁸, que la norma nacional prevé serán directas. En general no hay mayor comentario que hacer sobre este procedimiento, pues se considera que los servicios de asesoría y patrocinio en el área legal son contratados en consideración a los méritos particulares de un profesional. Sin embargo somos del parecer que

³⁵³ Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵⁴ Arts. 30, 1; 48 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵⁵ Arts. 30, 2; 49 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵⁶ Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵⁷ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵⁸ Art. 2 No. 4 LOSNCP; Art. 92 RGLOSNC.

cabrían en este caso también las modalidades de “Solicitud de cotizaciones”³⁵⁹ o “Solicitud de propuestas sin negociación”³⁶⁰ de la Ley Modelo CNUDMI.

En quinto lugar tenemos régimen especial para *aquellas contrataciones cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica*³⁶¹, cuyo régimen es el de contratación directa, respecto de las cuales las consideraciones que podemos hacer desde este análisis son las mismas que para el caso anterior de asesoría y patrocinio jurídico.

El sexto caso de régimen especial es *la 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 COMPRASPUBLICAS*³⁶². Para nuestra consideración, este régimen especial no tiene sentido de permanecer identificado por el objeto (repuestos y accesorios), puesto que se pueden dar las siguientes posibilidades: en primer lugar, que se trate de bienes genéricos, y en tal caso cabrían métodos como la “Licitación abierta”³⁶³, “Solicitud de cotizaciones”³⁶⁴, “Subasta electrónica inversa”³⁶⁵, o la “Contratación con arreglo a un acuerdo marco”³⁶⁶, todas modalidades de la Ley Modelo CNUDMI (ANEXO 05). Si por el contrario, los repuestos y accesorios tienen un solo proveedor, o son especializados, o tienen alguna restricción de su uso como por ejemplo pérdida de garantías del proveedor si no es un repuesto original, o cualquier otra circunstancia, se

³⁵⁹ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁰ Arts. 29, 3; 47 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶¹ Art. 2 No. 5 LOSNCP; Art. 93 RGLOSNCP.

³⁶² Art. 2 No. 6 LOSNCP; Art. 94 RGLOSNCP.

³⁶³ Arts. 28; 36 a 44 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁴ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁵ Arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53; 54; 55; 56; 57 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁶ Arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1; 58 a 63 de la Ley Modelo CNUDMI.

puede acudir a métodos tales como “Licitación restringida”³⁶⁷ o “Contratación con un solo proveedor”³⁶⁸ de la Ley Modelo de la CNUDMI. En definitiva, se corrobora que los métodos de compra no se deben definir en función del objeto, sino por el grado de dificultad de conseguirlos en el mercado y por la conveniencia de privilegiar un análisis técnico a uno económico o de precios.

En séptimo orden, contamos con dos procedimientos de régimen especial que únicamente constan en el reglamento, no en la ley: *los de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas*³⁶⁹. Estos casos están circunscritos dentro del método de la Ley Modelo CNUDMI “Contratación con un solo proveedor”³⁷⁰, y es factible de ser concebido como no competitivo. Lo que debería hacer el Ecuador es elevar esta casuística a rango de ley, para preservar el principio de legalidad.

El siguiente caso, el octavo, consiste en *los contratos 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*³⁷¹. Según el reglamento, los contratos de correo son de contratación directa, y los de *courier* son de competencia restringida, con invitaciones a un número de proveedores no menor a dos ni mayor a cinco. Al igual que los reiterativos comentarios que hemos realizado, no es una técnica adecuada generar regímenes particulares

³⁶⁷ Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁸ Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁶⁹ Art. 95 RGLOSNC.

³⁷⁰ Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁷¹ Art. 2 No. 7 LOSNC; Arts 96 y 97 RGLOSNC.

por objetos de contratación, sino por situaciones. En este caso si la legislación contempla como posibilidades a la “Licitación restringida”³⁷², la “Solicitud de cotizaciones”³⁷³ y la “Contratación con un solo proveedor”³⁷⁴, se cubrirían las posibilidades establecidas en el reglamento para esta especie.

El noveno caso de régimen especial son *los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias*³⁷⁵. Añade la norma que este régimen especial, que entraña contratación directa, previsto para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, se aplicará únicamente para el giro específico del negocio, que deberá determinarlo el Director del SERCOP; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en la LOSNCP. La contratación directa entre instituciones públicas, y en este caso, según la LOSNCP, entre entidades contratantes (que no necesariamente son instituciones públicas) es admitida en el ámbito internacional, bajo la figura de contrataciones interadministrativas. No obstante, creemos indispensable poner

³⁷² Arts. 29; 34, 1, a, b; 45 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁷³ Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁷⁴ Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁷⁵ Art. 2 No. 8 LOSNCP; Arts. 98 a 100 y 103 y 104 RGLOSNCP.

algunos límites a esta posibilidad: solamente debería proceder en la medida en que la entidad pública proveedora sea productora del bien o prestadora directo del servicio; nunca debería posibilitarse esta alternativa cuando la proveedora (que podría ser una empresa privada con capital público en más del 50%) sea una comercializadora o distribuidora de bienes y servicios.

La otra situación contemplada dentro de este caso es que cualquier entidad contratante comprendida dentro del espectro del Art. 1 de la LOSNCP pueda contratar en forma directa bienes y servicios que provengan de empresas en las que los estados de la comunidad internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias. Este sui generis caso confiere una ventaja suprema a empresas públicas o con capital público de otros estados, aún por encima de lo dispuesto en el Art. 288 de la CRE que manda priorizar los bienes y servicios de origen nacional. Pero además, abre una puerta a la discrecionalidad total en la forma de buscar y seleccionar el proveedor, pues no hay ninguna obligación de realizar un procedimiento competitivo. Se entiende que mientras más alternativas existan, mejores posibilidades de conseguir precios convenientes y alta calidad existe, por eso nunca es recomendable acudir, como primera opción, a una contratación directa.

Otro aspecto involucrado en esta casuística de régimen especial es el giro del negocio de las empresas públicas o empresas con capital público, en los términos anotados, o subsidiarias de aquéllas. La norma que regula y desarrolla estos aspectos (Art. 104 del RGLOSNC) señala que este tipo de contrataciones no estarán sujetas a las normas de la LOSNCP ni su reglamento general.

Así, el reglamento ha establecido una excepción a la aplicación de la ley, pues dentro de los elementos que forman parte del SNCP los procedimientos precontractuales son apenas un componente, siendo otros las obligaciones de publicidad y transparencia y algunas otras disposiciones comunes a todas las contrataciones, sean de régimen común o de régimen especial. Es absolutamente anti técnico y contrario al principio de legalidad este enunciado reglamentario, pues existen principios, objetivos y disposiciones comunes a todos los procesos, más allá del régimen especial, que deberían observarse en estas contrataciones. Pero adicionalmente, abre la puerta a una proliferación de prácticas o modelos, tan amplios que no se dibujan límites claros.

En décima posición del régimen especial están *los contratos que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios*³⁷⁶. En esta materia, el reglamento hace un deslinde aparente entre contrataciones de su giro específico y del giro común. Dice que las contrataciones que son parte del giro del negocio de estas instituciones financieras y de seguros no se someterán a la LOSNCP. Al igual que lo comentado sobre el giro específico del negocio de las empresas públicas, prácticamente se establece una excepción a la ley por medio del reglamento, lo que es absolutamente antijurídico, como lo sostuvimos inmediatamente arriba. No estamos en contra de que estos sujetos puedan estar exceptuados de las normas de la LOSNCP, lo que nos parece inadecuado es la forma en que se lo ha hecho, apartada del principio de legalidad. En el segundo tema: las contrataciones que no sean del giro específico, la norma reglamentaria dispone que se llevarán a cabo “[...]”

³⁷⁶ Art. 2 No. 9 LOSNCP; Arts. 101 a 102 RGLOSNCP.

siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica.” Esto da paso a que se construyan normas particulares de contratación, aunque en este caso, deberían regirse por los principios, objetivos y aspectos comunes del SNCP, puesto que no existe una identificación de que no se aplica la LOSNCP, sino únicamente los procedimientos de régimen común. Somos del parecer que en el caso de instituciones bancarias, financieras y de seguros de propiedad estatal, es mejor establecer una excepción subjetiva en la LOSNCP, y no este régimen especial que, en la práctica, significa un escape de sus normas. Y las razones son obvias: no solamente la especialidad de los aspectos bancarios y financieros, sino que generalmente están actuando en régimen de competencia con el sector financiero y bancario privado, y por tanto necesitan liberarse de algunas restricciones propias del sector público.

El undécimo caso son *los contratos 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*³⁷⁷. El reglamento va más allá y exige que sea el Presidente de la República el que dicte la reglamentación específica que se aplicará a cada caso. A nuestro juicio, esta disposición es redundante, puesto que, como hemos analizado, las empresas públicas y empresas con capital público pueden tener posibilidades de contrataciones diferenciadas, y además, la LOEP también señala lo propio. Constituye, a nuestro juicio, una puerta

³⁷⁷ Art. 2 No. 9 LOSNCP; Art. 106 RGLOSNCP.

adicional para establecer procedimientos particulares de contratación, en este caso pensando en los sujetos contratantes.

Finalmente, para tratar sobre la última especie de régimen especial previsto en la legislación ecuatoriana, debemos remitirnos a la LOEP. Se trata de *aquellos casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar*. Allí, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. *En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto*³⁷⁸. Realmente la amplitud de estas normas dan grandes posibilidades de regular las contrataciones que lleven a cabo empresas públicas cuando han suscrito convenios, alianzas o acuerdos con otras empresas. En estos casos, la fuente del procedimiento no será una ley, ni un reglamento, ni siquiera un acto normativo de autoridad pública, será un contrato o convenio. Igual sucederá cuando se forme una empresa con capitales del gobierno ecuatoriano y de otro gobierno, el acuerdo será el que defina los regímenes de contratación, dejando de lado la normativa de la LOSNCP. Desde el punto de vista del principio de legalidad, podríamos decir que en este caso es la propia ley la que lo admite, pero bajo ningún punto de vista, estos regímenes particulares de contratación que se contengan en acuerdos, convenios o contratos, deberían irrespetar el Art. 288 de la CRE, ni los principios y objetivos de la LOSNCP.

³⁷⁸ Art. 34 No. 3 LOEP.

Luego de haber pasado revista a los diferentes regímenes especiales de contratación, podemos hacer los siguientes comentarios generales:

En primer lugar, prever regímenes especiales por el objeto de contratación es anti técnico. Si analizamos todo el menú de procedimientos contenidos en la Ley Modelo CNUDMI, ninguno de ellos atiende a un objeto contractual, sino a circunstancias que pretenden, en primer lugar, una amplia participación de proveedores y oferentes, y que en determinados casos permiten métodos que restringen la competencia. Los procedimientos de contratación pública en tal caso se convierten en una verdadera caja de herramientas que las entidades contratantes usarán dependiendo del objetivo que pretendan alcanzar con la contratación pública, que nunca se apartará de los principios de transparencia y eficiencia.

En un segundo orden, muchos de los casos de regímenes especiales no deberían ser tales, conforme al análisis y las puntualizaciones anteriormente indicadas. Bastaría con incorporar a la legislación otras modalidades que la Ley Modelo CNUDMI proporciona para no apartarse de procedimientos que permitan conseguir las mejores condiciones técnicas, económicas, operativas y funcionales, a través de concursos públicos, abiertos y transparentes.

En tercer lugar, la mayor preocupación, por el volumen de contrataciones, consisten los regímenes especiales de contratación de empresas públicas, empresas con capital público y subsidiarias de ambas, bien sea por contratación por giro del negocio, contratación directa con otras empresas con capital de estados de la comunidad internacional, actividades en sectores estratégicos, así como por alianzas estratégicas, acuerdos o asociaciones con otras empresas. Nos preocupa esta amplitud por cuanto ni la ley ni el

reglamento establecen normas claras sobre los procedimientos, lo que evidentemente conduce a liberalidades que la LOSNCP pretendió abolir.

En cuarto orden, la Ley Modelo CNUDMI contempla una serie de alternativas que pudieran ser empleadas en las contrataciones de las empresas públicas, llamadas a desarrollar sus actividades en sectores estratégicos. Así, los métodos de “Solicitud de propuestas sin negociación”, “Licitación en dos etapas”, “Solicitud de propuestas con diálogo”, “Solicitud de propuestas con negociación consecutiva” (ANEXO 05), constituyen un abanico de posibilidades a emplearse justamente para contrataciones de obras significativas y proyectos de infraestructura, donde muchas veces no se tienen identificadas de partida las mejores soluciones técnicas, constructivas y operativas. Haría mucho más a la sanidad de la contratación pública ecuatoriana incorporar estas modalidades como posibles de ser empleadas por las empresas públicas (sobre todo las monopólicas o que no prestan sus servicios o bienes en régimen de competencia) para sus contrataciones de obras e infraestructura.

Gaspar Ariño sostiene que la “huida del Derecho Administrativo” consiste, entre otros aspectos, en suprimir controles y abandonar los procedimientos públicos de contratación. Especialmente considera típicamente como un caso de esta huida al de las empresas públicas a quienes se exonera de la aplicación de las normas de contratación pública. Ello ha provocado, según sus asertos, ineficiencia, despilfarro y corrupción en el caso español³⁷⁹.

Aunque la huida siempre implica un escape furtivo, en el caso ecuatoriano este escape es consentido y ordenado por la ley. Los motivos que se aducen siempre son los mismos: la eficiencia de la gestión, no obstante, las TIC son

³⁷⁹ Ver Ariño Ortiz, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp 93 a 116.

propicias para fomentar un maridaje entre transparencia y eficiencia, sin que se requieran regímenes excepcionales de contratación pública con amplias discrecionalidades de por medio.

3.4. *Mecanismos de apoyo a la producción nacional y a la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas.*

En anteriores análisis se ha hecho referencia a la importancia filosófica y teleológica que, para el SNCP, tienen el apoyo a la producción nacional y la promoción a las MIPYME. En esta ocasión, vamos a detallar los mecanismos operativos que aplican para apuntalar la promoción de productos y servicios nacionales y provenientes de las MIPYME y actores EPS.

3.4.1. Mecanismos de apoyo a la producción nacional.

Como ya se indicó en el numeral 2.2.2.4. supra, se debe tomar en cuenta, en primer lugar, las normas sobre el origen de los bienes y servicios y en segundo lugar, cuál es el margen de preferencia que se debe asignar a la oferta considerada nacional.

3.4.1.1. Origen nacional.

Sabido es que el factor que determina el origen es el componente nacional, traducido en un porcentaje mínimo que actualmente debe señalarlo el SERCOP, en forma sectorial. Desde agosto de 2008 hasta octubre de 2013, quien tuvo a su cargo esta definición fue el Ministerio de Industrias.

En la práctica, el referido ministerio ha establecido tres directrices en el tiempo. La primera de ellas corresponde a noviembre de 2008³⁸⁰ (ANEXO 07), y durante más de dos años, rigió con los siguientes enunciados: “Un bien calificaría como nacional cuando el valor FOB de las mercancías importadas incorporadas en él, no sea superior al 60% del precio final (precio ofertado) del bien en cuestión”.

Semejante definición está vinculada con las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones, específicamente el Capítulo XII del Acuerdo de Cartagena³⁸¹ (Arts. 100 a 1003) y las Decisiones 416³⁸², 417³⁸³ y 775³⁸⁴. En concreto, el Art. 2 de la Decisión 416 señala que se consideran bienes de origen andino las mercaderías que resulten de un proceso de ensamblaje o montaje, siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador. La directriz de que el origen nacional de un bien debería además considerar no solo los productos o insumos ecuatorianos, sino la de los países miembros de la CAN no resulta aplicable a la contratación pública, pues la finalidad de las normas decisionales es el programa de liberación arancelaria.

³⁸⁰ Oficio No. MIC:E-F-201-208-SCI de 6 de noviembre de 2008.

³⁸¹ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)

³⁸² Decisión 416, Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías, 30 de julio 1997.

³⁸³ Decisión 417, Criterios y Procedimientos para la fijación de Requisitos Específicos de Origen, 30 de julio de 1997.

³⁸⁴ Decisión 775, Condiciones para la emisión y recepción de Certificados de Origen Digital, 6 de noviembre de 2012.

En primer lugar, hay que comentar que esta definición no está identificada por sectores, como manda la LOSNCP en su Art. 6 No. 21, sino que se lo hace para todo tipo de bienes. Esto nos lleva a pensar que no todas las ramas de la industria y el comercio de bienes están en el mismo nivel de desarrollo, y por eso, algunas de ellas que no pueden acreditar que tienen un componente nacional de al menos el 40%, no tendrían acceso a los privilegios establecidos, pese a que, dentro de sus actuales posibilidades, estén haciendo sus mejores esfuerzos para incorporar componentes nacionales.

En segundo lugar, plantea una dificultad técnica de alto impacto, pues establecer cuál es el valor FOB de las mercancías incorporadas en un bien es una tarea compleja frente al inmenso número que se ofertan a través del SOCE.

En cuanto a servicios y obras, el mismo Oficio de noviembre de 2008 señala:

Un servicio o una obra, calificaría como nacional, si el oferente, es una persona natural o jurídica domiciliada en el territorio nacional, y que tiene actividades empresariales sustanciales en el país. En el caso de oferentes que se constituyan expresamente para participar en un concurso o una licitación pública, para acreditar origen nacional debería demostrarse que el 60% o más del valor de su oferta representa el costo de mano de obra, materia prima o insumos nacionales.

Igualmente, la observación que se debe realizar es que no hay una labor de sectorización del porcentaje de componente nacional, como lo manda la ley. En segundo lugar, al establecer que los servicios y obras se consideran de

origen nacional por el domicilio del oferente, se abandona el criterio de componente nacional, lo cual va en contra de la ley. Igualmente determinar qué es una *actividad empresarial sustancial*, requeriría establecer parámetros objetivos para su adecuada configuración y verificación. El caso de oferentes, o mejor dicho proveedores, que “[...] se constituyan expresamente para participar en un concurso o una licitación pública [...]” más bien va a ser residual. Los componentes mano de obra, materias primas e insumos nacionales, que juntos deberían representar por lo menos del 60% del valor económico de la oferta, igualmente presentan dificultad a la hora de su comprobación. Se pueden dar casos de que un insumo sea importado, pero se lo adquiera localmente a un distribuidor o comercializador. ¿Cómo puede el oferente prestador de servicios llegar a establecer el origen de ese insumo? Y ¿Cómo puede la entidad que califica la oferta llegar también a esa determinación, sin que existan registros o catastros de bienes producidos nacionalmente?. Y, aún en el caso de que esos insumos se produjeran nacionalmente, ¿cuál será el porcentaje mínimo de componente nacional que deberían observar para considerarse como nacionales? Como se ve, esto nos puede llevar a una cadena de verificaciones, declaraciones o análisis que van a hacer de la contratación pública un proceso verdaderamente engorroso.

Para dar operatividad a este procedimiento, mediante Resolución INCOP No. 44-2010 de 15 de junio de 2010³⁸⁵, se exigió a cada oferente que, como parte de los documentos de su oferta, incluyera un formato en que realice una declaración de buena fe, en que identifique estos particulares. Por supuesto,

³⁸⁵ Ver http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/files/87/Resolucion_INCOP_No_044_10_digital.pdf (revisado a febrero 2014).

este método se sustentó en la confianza de que el proveedor declare la verdad, lo que lamentablemente no sucede en todos los casos³⁸⁶.

No obstante, a partir de junio de 2011, el Ministerio de Industrias y Productividad –MIPRO- expidió el Acuerdo Ministerial No. 11 195³⁸⁷, mediante el cual emite nuevas directivas para calificar el origen de la oferta. Esta normativa señala que el margen de preferencia se aplicará a los productores nacionales de bienes terminados, en función del cumplimiento de los siguientes parámetros: generación de producción nacional; utilización de insumos nacionales en el proceso productivo y su aporte al fortalecimiento de encadenamientos nacionales; nivel de empleo generado; nivel de inversión en investigación y desarrollo; y, grado de concentración que representa la industria del sector. Mientras más incidencia tengan los parámetros indicados, el margen de preferencia será mayor.

Al parecer, se ha invertido la metodología, pues antes era necesario demostrar que se añadían esos componentes en el proceso productivo, para alcanzar la calificación como oferente nacional y hacerse acreedor del margen de preferencia, que era único e inamovible. El acuerdo ministerial propone que la definición de productor nacional se lo haga en función de la actividad principal del proveedor declarada a la administración tributaria, y posteriormente, para calcular el margen de preferencia, se deberá analizar los componentes señalados.

³⁸⁶ Según Oficio INCOP No. CON-3079-2011 que contiene un informe de casos con indicios de incorrecciones, la mayoría de la casuística reportada, en el grado del 34.6%, corresponden a “Declaraciones de agregado nacional dudosas”. ANEXO 08.

³⁸⁷ Acuerdo Ministerial 11 195, RO Suplemento 472, 17 de junio de 2011

No obstante, el mismo Ministerio ha debido dictar otro acuerdo: el No. 12 364 de 19 de julio de 2012³⁸⁸, en cuyo articulado se encuentran fórmulas para calcular el contenido nacional y el valor agregado nacional en los bienes y servicios que se transarán en el mercado público. Otro aspecto importante que pone en vigencia este acuerdo ministerial es el registro de producción nacional de bienes y servicios, instrumento que liberará a los funcionarios que actúan en los procedimientos de contratación pública de realizar análisis complejos para verificar si el producto o servicio ofertado tiene o no origen nacional.

Lo cierto es que toda esta normativa no llegó a implantarse, lo que evidentemente produjo cuatro años de morosidad en contar con una adecuada herramienta y metodología para priorizar a la producción nacional dentro de la contratación pública ecuatoriana. Tal vez por esa razón, mediante Decreto Ejecutivo 1516 de 15 de mayo de 2013, el Presidente de la República dispuso la transferencia de las facultades previstas en los numerales 10 y 21 del Art. 6 de la LOSNCP, relacionados con desagregación tecnológica y origen nacional, del Ministerio de Industrias al INCOP y actualmente la ley reformativa atribuye al SERCOP la facultad de regular la manera de considerarse a las ofertas como de origen nacional. Esta modificación implica una situación ventajosa: el SNCP no depende de terceros actores para su total regulación, no obstante, la responsabilidad es enorme para el SERCOP, que a más de regular la contratación pública, deberá hacerse cargo de aspectos de desarrollo industrial. A partir de las indicadas fechas, el SERCOP ha expedido sendas resoluciones (a nuestro juicio demasiadas) con la intención de regular este vital

³⁸⁸ ROS 752 de 24 de julio de 2012.

aspecto de la operación del SNCP³⁸⁹. Todo el entramado de regulaciones y sobre regulaciones relatadas solamente revela lo complejo que es cumplir con el objetivo de priorizar la producción nacional dentro de las compras públicas.

3.4.1.2. Margen de preferencia.

Ya se indicó que la forma en que la legislación ecuatoriana privilegia a los bienes y servicios de origen nacional es concediéndoles un margen de preferencia, que así mismo, debían ser definidos por el Ministerio de Industrias y hoy, a partir de la LORLOSNCOP, por el SERCOP. En ese orden, en el mismo documento de noviembre de 2008 (ANEXO 07) se establece que “A fin de garantizar eficiencia y competitividad en el proceso de compras públicas, se cree conveniente sugerir al Instituto de Compras Públicas (SIC), que las ofertas de bienes, servicios y obras de origen nacional no deberían tener un margen de preferencia superior al 10% [...]”.

Con el afán de atender de mejor manera el postulado de propiciar el desarrollo de la industria nacional a través de políticas aplicadas a través de la contratación pública, en el ya mencionado Acuerdo Ministerial 11 195, el MIPRO cambia la forma de aplicar este mecanismo, bajo la premisa de que mientras más cumple las condiciones analizadas, más preferencia tendrá dentro de la evaluación de su oferta. En todo caso, es importante rescatar el concepto: los apoyos deben propiciar el crecimiento, no el estancamiento. Esto se puede dar bien con el primero de los métodos: incrementar cada vez el porcentaje de componente nacional a ser incorporado en el proceso productivo

³⁸⁹ Ver resoluciones Nos. RE-INCOP-2013-0000089 de 28 de junio de 2013; RE-INCOP-2013-0000092 de 24 de julio de 2013; RE-INCOP-2013-0000095 de 26 de julio de 2013; RE-INCOP-2013-0000096 de 26 de julio de 2013; RE-INCOP-2013-0000097 de 26 de junio de 2013; y, RE-INCOP-2013-0000098 de 25 de julio de 2013, en http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext (revisado a febrero 2014).

para tener la preferencia, o bajo esta nueva concepción: mientras más se incrementa el uso de componentes nacionales, más alto será el margen de preferencia.

3.4.1.3. Verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano.

La LORLOSNC, entre sus múltiples reformas, estableció como mecanismo de apoyo a la producción nacional a la verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano. Salta a la vista una doble preferencia para la misma condición, pues anteriormente nos referimos a que la producción nacional será acreedora a márgenes de preferencia, pero este nuevo mecanismo nos habla de una modalidad que implica cerrar el mercado a la competencia internacional. A más de contradictorio, no vemos con buenos ojos el exceso de protección, al punto que se pretende buscar sana competencia exclusivamente dentro de las fronteras.

3.4.1.4. Desagregación Tecnológica.

Lamprea Rodríguez, en una definición aplicada al caso colombiano, nos indica al respecto:

Cuando se ejecute un proyecto de inversión, se dispondrá la desagregación tecnológica. Según el Consejo de Estado, es desagregación tecnológica cierta modalidad de transferencia de tecnología que consiste en desagregar o separar los distintos elementos que componen el paquete tecnológico, para su adquisición unitaria. Se pueden desagregar, por ejemplo, las licencias de operación, los diseños, la ingeniería de detalle, servicios específicos, la

asistencia técnica para la puesta en marcha y operación de la planta y otros análogos.

A esta desagregación se opone la práctica administrativa del contrato “llave en mano” que comprende los más variados *ítem*, inseparables pues se contratan en conjunto. Según algunos, hay aquí un obstáculo para la verdadera transparencia de la tecnología, al crear subordinación del empresariado nacional al proveedor extranjero, sin posibilidad de emplear recursos técnicos del país, lo que puede ser fuente de sobrecostos y, en repetidas ocasiones, dificultad de adecuar esa tecnología al ambiente nacional, con el inminente riesgo de importar elementos innecesarios o imposibilidad de adoptar tecnologías más avanzadas. (P. Lamprea, 2007: 530 – 531).

La LOSNCP, en su Art. 6 numeral 10, define a la desagregación tecnológica de la siguiente manera:

10. Desagregación Tecnológica: Estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Competitividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los Pliegos de manera obligatoria.

Se debe considerar también que la LOSNCP, en las normas comunes a los procedimientos (Art. 23) dispone que antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas entre los que se debe considerar el análisis de desagregación tecnológica.

En lo que nos atañe, es importante tomar en cuenta que los resultados del estudio de desagregación tecnológica equivaldrán a la determinación de la participación nacional mínima requerida para esa contratación, sea que el contrato se adjudique a una oferta de origen nacional o extranjero. Como lo revisamos, esa participación nacional mínima será requisito que obligatoriamente se incorporará en los pliegos del procedimiento.

3.4.1.5. Exclusión de participación en consultoría.

Como ya se indicó en 2.2.2.4. supra, en los procedimientos de contratación de consultoría ecuatoriana existe una exclusión de mercado para los consultores extranjeros, en una posición claramente proteccionista. Particularmente, no somos partidarios de las posiciones defensivas, por lo que abogamos para que se adopten los mismos mecanismos de apoyo a los productos y servicios nacionales a través de márgenes de preferencia, no excluyendo a la consultoría extranjera de la posibilidad de participación.

3.4.1.6. Transferencia de tecnología y de conocimiento.

A los mecanismos anteriores, la LORLOSNCP añadió una obligación de transferencia de tecnología y conocimiento a cargo de todo proveedor o

contratista de bienes, obras o servicios de origen no ecuatoriano³⁹⁰. Deberá equilibrarse entre el cumplimiento de esta prescripción, que refleja una buena intención, con el encarecimiento de las contrataciones por la imposición de obligaciones adicionales.

3.4.1.7. Otras preferencias.

La LORLOSNCNP estableció el siguiente texto que forma parte del actuar Art. 25.2 de la LOSNCNP:

En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Hemos tratado ya sobre los márgenes de preferencia y sobre la reserva de mercado (actualmente se da en todos los casos, con la verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano y la exclusión de participación de consultores extranjeros). La subcontratación preferente pudiera ser entonces otro mecanismo para favorecer a la producción ecuatoriana, y operaría a través de la obligación de sub contratar ciertos componentes de una obra, un bien o un servicio, a la participación nacional. Este tipo de cargas no son recomendables, pues constituyen freno a la libertad de participación y competencia. Un proveedor pudiera verse desalentado de participar en un

³⁹⁰ Actualmente consta en el Art. 25.2. introducido en la LOSNCNP por la LORLOSNCNP.

concurso en que se le va a exigir trabajar con una especie de socio nacional sin que él lo hubiera así decidido en condiciones normales.

3.4.1.8. Consideraciones finales sobre los apoyos a la producción nacional

Para iniciar, vamos a apoyarnos de las interesantes reflexiones que nos trae Vinocour sobre estos aspectos.

Durante mucho tiempo, la mayoría de los estados consideró que el segundo interés -promoción de la industria y tecnología local- debía satisfacerse mediante excepciones al principio de no discriminación, favoreciendo de esta forma a los bienes, servicios y oferentes nacionales, a pesar de que ello implicara para el estado importantes pérdidas en términos de recursos y eficiencia así como sacrificar el interés general.

De ahí que aún hoy en la legislación de muchos países encontramos normas discriminatorias o normas que pretenden de alguna manera proteger la industria nacional respecto a la competencia extranjera. Por ejemplo, algunos países:

- Distinguen entre licitación pública nacional e internacional, utilizando la licitación pública internacional solo cuando no haya proveedores locales que sean capaces de presentar ofertas.
- Establecen requisitos de contenido local y otras condiciones.
- Otorgan preferencias para proveedores que garanticen la subcontratación de empresas o personal nacional.
- Establecen la obligación de asociarse con empresas locales para poder presentar ofertas.

- Cuentan con leyes de «Compre Nacional», las cuáles (SIC) otorgan márgenes preferenciales (a favor de los bienes y servicios nacionales) a la hora de comparar las ofertas y adjudicar los contratos.
- Y otorgan un trato preferencial para pequeñas empresas y ciertas minorías.

Sin embargo, hace algunos años, un importante número de estados comenzaron a cambiar su política comercial en materia de compras gubernamentales. Decidieron abrir progresivamente sus mercados convencidos de que la liberalización comercial y el incremento en el volumen de las transacciones comerciales les permitiría satisfacer el interés de la maximización de los recursos públicos y el de fomentar la industria nacional con mejores resultados que el que les había permitido el enfoque "proteccionista". En razón de esa tendencia, el tema se introdujo en la Ronda Tokio, en la Ronda Uruguay y finalmente en los tratados de libre comercio que los países han venido suscribiendo en la última década³⁹¹.

Si la contratación pública debe tomarse como una herramienta de política industrial o no, es una larga discusión que tiene adeptos en una y otra orilla. Katter y Lember³⁹² proponen un interesante análisis que narra los argumentos de quienes propugnan que solamente los mercados abiertos, competitivos y no discriminatorios son los que permiten desarrollo de innovación en la industria y la tecnología, mientras que para otros (entre los

³⁹¹ Sergio Vinocour Fornieri, "Las compras del Estado en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica – México y en la Organización Mundial de Comercio", <http://www.comex.go.cr/conferencias/Conferencias/Las%20compras%20del%20estado%20en%20el%20Tratado%20de%20Libre%20Comercio%20entre%20Costa%20Rica%20-%20Mexico.pdf> (revisado a noviembre de 2011).

³⁹² Rainer Kattel and Veiko Lember, "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?", en *Journal of Public Procurement*, volumen 10, número 3, The National Institute of Governmental Purchasing, Inc., The U.S. General Services Administration, and Florida Atlantic University Public Procurement Research Center, 2010, pp. 368 – 404.

que se encuentran ellos mismos), los países industrializados han alcanzado sus niveles de desarrollo a fuerza de haber pasado por largos procesos de industrialización no precisamente exentos de proteccionismo (en el caso de los países europeos, siglos decimosexto al decimoctavo, en el caso de algunos países de Asia del Este, después de la segunda guerra mundial). Estos autores señalan al respecto:

This view, which is widely supported by the existing GPA literatura, underlines the effect of transparent, non-discriminatory and free competition as the only way for promoting innovation and industrial development. The current WTO and GPA frameworks are designed to support this kind of policy approach. However, based on the arguments presented earlier in this article, it can be argued that this approach falls short in creating the needed spillover effects for innovation, technology and development, and may deepen the low equilibrium trap. (R. Kattel, V. Lember, 2010: 392).

Una traducción libre nos indica:

Este punto de vista, el cual es ampliamente soportado por la literatura existente en cuanto al ACP³⁹³, subraya el efecto de la competencia transparente, no discriminatoria y libre como la única forma de promover el desarrollo de innovación e industria. Los marcos actuales de la OMC y ACP están diseñados para sostener este enfoque de políticas. De todas formas, con base a los argumentos presentados anteriormente en este artículo, se puede argumentar que este enfoque no alcanza a crear los efectos de la necesaria explosión para

³⁹³ Se refiere al Acuerdo de Compras Públicas de la OMC.

la innovación, tecnología y desarrollo, y podría profundizar la trampa del bajo equilibrio.

En definitiva, la propuesta es clara: la actual corriente, debidamente recogida en el ACP de la OMC, señala que los países que discriminan o aplican restricciones a la competencia abierta y sin limitaciones, no aplican las mejores prácticas internacionales que garantizan una mejor escogencia de bienes y servicios en lo atinente a calidad y precios³⁹⁴. Inclusive se afirma que existen numerosos estudios que comprueban que las políticas proteccionistas solo generan mejoras marginales en el bienestar social³⁹⁵. Esta misma publicación señala además:

Bajo la función económica de las compras, una evaluación neutra de políticas de preferencia debiera considerar no dar preferencias a toda la industria nacional, ya que es improbable que un país tenga costos relativamente similares en todas las ramas de su industria. Asimismo, debido a que en la práctica los gobiernos no ajustan finamente las preferencias, es improbable que los costos de adquisición sean minimizados incluso en áreas donde el país tenga una desventaja comparativa ya que en industrias con ventajas comparativas, el costo de adquisición será más bajo en ausencia de preferencias y aún más bajo si las preferencias se dieran a firmas extranjeras.

Dados los requerimientos informativos de una política de preferencia óptima y

³⁹⁴ “Restrictions on international auctions reduce competition and increase prices.”, la frase, que traducida al castellano diría “las restricciones en las subastas internacionales reducen la competencia e incrementan los precios”, es tomada de “Collusion and corruption in public procurement, Contribution from Mexico”,

Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/11/44512059.pdf> (revisado a septiembre 2011).

³⁹⁵ Juan Araya Allende, “Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados”, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/24637/S67CI-L2517e-P.pdf> (revisado a noviembre 2012).

el grado de discreción involucrado en fijarla, existen fuertes incentivos para un método de compras, en la práctica, sin preferencias.

No obstante, esa tendencia es auspiciada por los países más desarrollados del mundo, pues para ellos lo principal es buscar mercados (públicos y privados) para los bienes, servicios y tecnología que producen y ofertan.

Para los países pobres y en vías de desarrollo, hay que preguntarse si ¿resulta suficiente la competencia como estímulo, motor y mecanismo de desarrollo e innovación en los bienes y servicios?, y de no ser así, ¿qué consecuencias puede traer a futuro abrir a una competencia desigual entre industrias nacientes o en desarrollo e industrias consolidadas y competitivas?. Esto nos obliga a mirar qué hicieron los países que en el último tramo de la historia han alcanzado el desarrollo, según nos resumen los propios Kattel y Lember:

Uno puede resumir la estilizada política industrial perseguida por las economías de Asia del Este durante el período, como sigue: Primero, las medidas de política fueron dirigidas hacia un producto específico, no producido o muy poco producido en el propio país (desde radios hasta semi conductores); segundo, las agencias del gobierno estaban buscando activamente transferencia tecnológica del exterior (usualmente tecnología con licencia); tercero, el gobierno también proveyó la inversión por medio de subsidios directos, tasas de interés preferenciales o préstamos del sector público, al mismo tiempo que controlaba directamente o prohibía inversiones extranjeras directas; cuarto, la mayoría de los productos focalizados tenían requerimientos de contenido local

para su producción y quinto, esto llevó a una coordinación de actividades de inversión de proveedores curso abajo; sexto, la mayoría de esas medidas incluyeron cláusulas de retiro, (ayuda del gobierno para un número específico de años) o presiones competitivas domésticas (múltiples compañías dando el mismo apoyo) o las dos; séptimo, cambiar de mercados domésticos a los de exportación lo cual ocurrió cuando los productores domésticos alcanzaron ciertos estándares de calidad establecidos previamente. (R. Kattel, V. Lember, 2010: 379)³⁹⁶.

De allí que los pasos que deberían darse, para aprovechar de manera inteligente y efectiva las posibilidades de utilizar la contratación pública como instrumento de política industrial y desarrollo de innovación en las MIPYME, serían los siguientes: (i) aplicación de márgenes de preferencia, desagregación tecnológica y compras de inclusión en la contratación pública, condicionada al cumplimiento de requisitos de crecimiento; (ii) movilidad de los márgenes de preferencia y de los porcentajes para considerarse oferta nacional, para estimular al crecimiento; (iii) temporalidad de las medidas, pues caso contrario sí se convertirían en mecanismos proteccionistas y discriminatorios (y en este sentido, el mandato constitucional del Art. 288 que tiene un enunciado de perennidad de las priorizaciones no es una señal en esa dirección); (iv) cuando se haya alcanzado un mercado interno fuerte y competitivo, buscar mercados

³⁹⁶ El texto corresponde a una traducción libre. En su idioma original, la cita se lee así: “One can summarize a stylized industrial policy pursued by East Asian economies during that period as follows: first, policy measures were aimed at a specific product not produced in the given country or done so on a very weak level (from radios to semiconductors); third, government also provided investment either through direct subsidies, preferential interest rates or public sector lending, at the same time directly controlling or prohibiting foreign direct investments; fourth, most targeted products had a local contents requirement for their production and fifth, this led to investment coordination of downstream supplier activities; sixth, most such measures included either sunset clauses (government support for a specific number of years) or domestic competitive pressures (multiple companies given similar support) or both; seventh, switching from domestic to export markets occurred when domestic producers reached certain previously set quality standards.”

externos, para lo cual será útil adherir a la corriente de contratación no discriminatoria y competitiva.

Desde luego, no se puede esperar que solamente la contratación pública produzca el milagro del desarrollo, pues deberá ir acompañada de otras medidas de política industrial que promuevan la competitividad y la innovación. Y por esas razones antes anotadas, hoy por hoy no conviene al país suscribir el ACP de la OMC, pues limitará al Ecuador en la aplicación de sus medidas de fomento y desarrollo.

Los países industrializados, cuya filosofía inspira la corriente de liberalizar el comercio de bienes y servicios en el mercado público, propugnan esta idea porque tienen empresas altamente competitivas que necesitan mercados para colocar sus productos y servicios, y en segundo lugar, porque tuvieron su oportunidad histórica de desarrollarse sobre la base de medidas de protección y fomento a sus industrias.

3.4.2. Mecanismos de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas y actores de la EPS.

En general, dentro del diseño y desempeño de los sistemas de contratación pública, la participación de las MIPYME es un punto muy potente e importante. Así lo demuestra el documento “Reformas en los mecanismos de Compras Públicas y las MIPYME”³⁹⁷, generado en el marco de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales³⁹⁸, que nos proporciona un panorama de la relación contratación pública y MIPYME en los siguientes

³⁹⁷ José Saavedra, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYME”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo No. 1, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/novedades-es/publicacion-del-primer-documento-ttg-sobre-reformas-en-los-mecanismos-de-compras-publicas-y-las-mipymes> (revisado a noviembre 2012).

³⁹⁸ www.ricg.org (revisado a noviembre 2012).

países americanos: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay.

El estudio señala que no existe un modelo o estrategia única, sino que cada país ha adoptado mecanismos que más respondan a sus particularidades. No obstante, señala que existen dos corrientes de generación de instrumentos de apoyo a las MIPYMES:

- El primero corresponde a una corriente generadora de instrumentos con un enfoque que podríamos llamar “de mercado”, donde el estado no otorga preferencias directas para las Pymes en sus compras, pero sí genera herramientas para incentivar su participación. Seguramente por tener características específicas geopolíticas y económicas dentro de la región, el único país de los analizados que forma parte de esta tendencia, es Chile.
- En la segunda corriente generadora de instrumentos, encontramos a Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, donde su plataforma de acción para los desarrollos de las MIPYMES en las compras estatales se realiza básicamente mediante la aplicación de preferencias puras, siendo las herramientas de incentivo de mayor utilización: preferencia en el precio, reserva de mercado y umbrales³⁹⁹.

Es importante considerar que, de entre los países analizados, Ecuador es el que alcanza el mayor monto de participación de MIPE en el mercado público, con un 43%, seguido de Chile con un 36%, Paraguay con 32%, Brasil

³⁹⁹ José Saavedra, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo No. 1, 2010, p. 16, en <http://ricg.info:8080/Plone/novedades-es/publicacion-del-primer-documento-ttg-sobre-reformas-en-los-mecanismos-de-compras-publicas-y-las-mipymes> (revisado a noviembre 2012).

con 29% y finalmente Uruguay con 28%. Los demás países no cuentan con data que pueda generar estos análisis. (J. Saavedra, 2010: 17).

Pasemos a un enfoque nacional del tratamiento a las MIPYME en contratación pública. En primer lugar, respecto a la categorización de proveedores por su tamaño, el Art. 53 del COPCI junto con el Art. 106 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los mecanismos e instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁴⁰⁰, actualmente establecen la clasificación única y transversal para considerarse MIPYME:

Categoría	Número de trabajadores	Ventas o ingresos brutos anuales (US \$)
Micro empresa	1 a 9	Igual o menor a 100.000
Pequeña empresa	10 a 49	Entre 100.001 y 1'000.000
Mediana empresa	50 a 199	Entre 1.000.001 y 5'000.000

Tabla 18. Criterios para categorización de MIPYME.

Fuente: COPCI.

Elaboración: propia.

Se establecen además dos reglas importantes: (i) en caso de inconformidad de las variables aplicadas, el valor bruto de las ventas anuales prevalecerá sobre el número de trabajadores, para efectos de determinar la categoría de una empresa; y (ii) los artesanos que califiquen al criterio de micro, pequeña y mediana empresa recibirán los beneficios que prevé el COPCI.

⁴⁰⁰ Decreto Ejecutivo 757, RO Suplemento 450, 17 de mayo de 2011.

Las reformas a la LONSCP de octubre de 2013 han señalado algunos aspectos importantes en cuanto a apoyo a MIPE y actores EPS. La primera de ellas es que únicamente las que tengan el carácter de productores nacionales, tendrán derecho a las preferencias del SNCP. De allí que, de manera muy acertada, se excluye de estas aplicaciones a meros intermediarios. Esta es una medida que busca evitar fraude a la ley, pues yacía la posibilidad que un proveedor considerado grande pudiera crear una o más micro empresas para comercializar a través de ellas, en franca competencia desleal pues las usaría únicamente como instrumento para ganar ventaja. En segundo lugar, las entidades contratantes deberán preferir el uso de feria inclusiva para contratar bienes, obras o servicios de producción nacional, a sabiendas que este procedimiento facilita la participación exclusiva de actores EPS, MYPE y artesanos. Un tercer aspecto relevante fue definir el orden de prelación de los sujetos de las preferencias, que ahora ya es claro: (i) actores EPS, (ii) micro empresas, (iii) pequeñas empresas y (iv) medianas empresas.

Respecto de la batería de mecanismos de apoyo a las MIPYME que propone la norma reglamentaria indicada, en el ANEXO 09 procedemos a cotejarlos con el menú de incentivos aplicados en la práctica comparada. Ecuador muestra gran variedad de aplicaciones para favorecer la participación de las MIPYMES en el mercado de las compras públicas, lo que ha incidido en el incremento de su volumen de ventas al estado. Desde luego, estos apoyos deben ser cuantificados y valorados porque, a más de buscar generación de empleo, deben tender a la innovación y desarrollo.

No obstante, existen otro tipo de mecanismos que, pensados en dar facilidades al acceso y participación de las MIPYMES, actualmente tienen

vigencia en la práctica de las compras públicas nacionales. Básicamente tienen que ver con garantías, formalidades de los contratos y costos del RUP. Vamos a analizarlos de la mano de la normativa.

El Art. 74 de la LOSNCP prevé la garantía de fiel cumplimiento “Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato [...]”. Se la rendirá antes o al momento de la firma del contrato, por un monto equivalente al cinco por ciento de su valor. No obstante, esa misma norma exonera de tal exigencia respecto de los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Esta, sin duda, es una medida tendente a que, en contratos de cuantías relativamente bajas -a los que normalmente acceden las MIPYMES y actores EPS- no exista esta carga que representa un costo adicional, pero sobre todo, ciertas formalidades y aptitudes financieras que no las suelen cumplir con facilidad estos sectores.

Pretendiendo también otras facilidades a las MIPYMES, el Art. 69 de la LOSNCP prevé que únicamente “Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.” Así mismo, “Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.”. Finalmente, con toda coherencia, se añade que “Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.” De esta manera se busca favorecer sin costos y

formalidades a las contrataciones a las que normalmente acceden los proveedores MIPYMES y EPS.

Aunque hasta la fecha el SERCOP no ha aplicado cobro de derechos por el RUP, el Art. 13 de la LOSNCP prevé como una de las fuentes de financiamiento de esta institución “Los derechos de inscripción en el Registro Único de Proveedores RUP”, sin embargo el Art. 20 aclara que en ningún caso representarán un obstáculo para la inscripción de MIPE, artesanos y profesionales.

Al final de este acápite, solo nos resta decir que, a más de los mecanismos señalados, se debe potenciar la asociatividad entre MIPYMES y actores EPS, pues solo así podrían aspirar a contrataciones de gran valor económico o que requieran el uso de tecnologías avanzadas⁴⁰¹. También es necesario proponerse avanzar en temas críticos como financiamiento (que incluye oportunidad de los pagos) y cumplimiento de garantías⁴⁰², a más de emprender en programas que tiendan a su competitividad.

⁴⁰¹ El Art. 26 de la LOSNCP prevé la posibilidad de presentar ofertas asociadas, sin ninguna limitación.

⁴⁰² Un extenso análisis relacionado con estos temas se puede encontrar en el siguiente Estudio: Leonardo Bleger, “Instrumentos financieros para facilitar el acceso de las PYMES a las compras públicas”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP/Documento de Trabajo No. 2, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/iniciativas-de-apoyo-es/programa-ict4gp/grupos-de-trabajo/ttg-2-2013-instrumentos-financieros-para-facilitar-el-acceso-de-las-mipymes-a-las-compras-publicas/participantes/documentos/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20No3.pdf/view> (revisado a octubre 2012).

Conclusiones.

Tal como una orquesta sinfónica para ofrecer un buen concierto necesita un escenario adecuado, buenos instrumentos, correctas partituras, un director competente; una organización que vele por el espectáculo en su conjunto y músicos comprometidos y profesionales, la contratación pública contemporánea requiere, a más de un marco normativo apropiado, de un adecuado nivel tecnológico y de conectividad (escenario); un sistema electrónico amigable con procedimientos ágiles (instrumentos); una regulación que conduzca a realizar contrataciones objetivas y competitivas (partituras); autoridades públicas que tomen decisiones orientadas a cumplir los postulados y objetivos de la contratación pública eficiente y transparente (directores de orquesta); un ente rector con las suficientes atribuciones para cumplir sus cometidos administradores y reguladores (organismo encargado de la orquesta sinfónica); y, los principales actores: operadores del sistema, en sus condiciones de vendedores y compradores (intérpretes), de quienes depende que no se produzcan ruidos desafinados sino armonías agradables a la colectividad.

Se podría decir que a un país se lo puede conocer por sus prácticas en contratación pública, pues en el interactuar público – privado a la hora de ofrecer bienes, servicios y obras, se distinguen los valores de las personas; sus conductas éticas; su grado de respeto a la institucionalidad nacional; sus preocupaciones por el buen uso de los recursos del país; su grado de preparación y formación frente a la técnica exigente que requiere planificar la gestión, formular un pliego, calificar ofertas, estructurar un contrato, o, desde la otra orilla, preparar una buena propuesta, competir de manera lícita y cumplir

las obligaciones contractuales; la medida de desarrollo o retraso tecnológico; el grado de eficacia de sus sistemas de control, de reclamos administrativos y de la justicia en general; la capacidad de reacción de la ciudadanía e institucionalidad frente a inconductas o malas prácticas detectadas, entre otros aspectos que revelan la realidad de una sociedad en su conjunto, en un momento determinado.

Luego de haber recorrido en forma amplia y detallada las estructuras y articulaciones del sistema, y tomando en cuenta que la premisa central de esta tesis es demostrar si la regulación vigente ha sido suficiente para superar los problemas de eficiencia, transparencia y políticas públicas de apoyo a la producción nacional, vamos a plasmar las conclusiones del trabajo.

1. El esquema jurídico e institucional de contratación pública anterior al 2008 dejó un saldo deudor en cuanto al cumplimiento de los tres grandes pilares: transparencia, eficiencia y políticas públicas. Entre los principales fallos de la legislación anterior, desde el prisma de la transparencia, se destacan un gran número de procesos e instituciones por fuera del ámbito de la ley, debido a numerosas excepciones. Una discrecionalidad sin adecuados cauces jurídicos derivaron en actuaciones y contrataciones muchas veces arbitrarias en cuanto a procedimientos a seguir, requisitos de participación y criterios de evaluación de ofertas. Sin un sistema de información adecuado, las contrataciones públicas tenían severas limitaciones en lo tocante a su conocimiento público, acceso a la información, seguimiento y control social. Los aspectos impugnatorios y recursivos respecto a las decisiones eran débiles, debido a que, en la sede administrativa,

implicaban que la propia autoridad que toma la decisión fuera quien revisara sus actos, y en el ámbito judicial, procesos excesivamente largos no constituían garantía de reparación jurídica, a la par de la casi nula utilización de métodos alternativos de solución de diferencias. Bajo la óptica de la eficiencia, la falta de una articulación sistémica de las distintas fases del ciclo de contratación pública (planeación, preparación, procesos precontractuales, contratación, ejecución y evaluación) derivaron en dispendios de recursos públicos. La carencia de un órgano rector implicó el atraso en la implantación de un sistema electrónico transaccional que modelara los procesos, pliegos, contratos, etc. y que impidiera la existencia de múltiples reglas imperando en el mismo mercado. La proliferación de registros de proveedores, de reglamentaciones especiales y particulares de todas las entidades contratantes aportaron no solamente inseguridad jurídica, sino una baja participación de proveedores en el mercado público, lo que llevó a aplicarse la máxima: a menor concurrencia, menor posibilidad de optimizar los precios. Tampoco existían estrategias de agrupación de demanda con modalidades como las compras corporativas o los convenios marco. Finalmente, a la luz de las políticas públicas, las leyes entonces vigentes carecían de un enfoque de objetivos de estado a cumplirse, dejando a la contratación pública un mero rol procedimental. Un análisis detallado de estos problemas (expuestos en 1.1.1. de esta tesis) y su estado actual pese a la reforma consta en el ANEXO 10.

2. Hemos demostrado que las preocupaciones por la reforma normativa no son nuevas. Hubo ya iniciativas de informatizar la labor de la

contratación pública, para lo cual se expidieron decretos y se puso en funcionamiento una página de información de contratación pública (Contratanet). No obstante, se advirtió que estas soluciones no tuvieron la fuerza suficiente por no haber alcanzado rango de ley, y por cuanto su empleo no era obligatorio más allá de la esfera de la función ejecutiva. Con esto se comprueba que el cambio de un modelo opaco por basarse en procedimientos llevados a cabo en papel, sin medios efectivos de difusión de información de licitaciones y procedimientos, atomizado y desarticulado fue una preocupación que inició desde los albores de este siglo.

3. Así mismo, dimos cuenta de la existencia de normativas de carácter internacional que empujaron la reforma interna, sobre todo la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y el Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción. Con ello, demostramos que la reforma era necesaria, y que además, el Ecuador estaba en incumplimiento respecto a la aplicación de esos compromisos internacionales que había asumido libre y soberanamente, relativos a la transparencia y la eficiencia de sus contrataciones públicas.
4. Con el fin de acometer los problemas señalados, la LOSNCP introduce un concepto sistémico en el funcionamiento de la contratación pública ecuatoriana, lo que da idea de orden, relaciones entre partes, construcción arquitectónica, coherencia, articulación, lógica, dinamismo, adaptación, finalidad. Los componentes básicos de este sistema son planificación, programación, presupuestos, control, administración y

ejecución de las contrataciones públicas. La contratación pública es parte fundamental de la ejecución presupuestaria, que a la vez es una fase importante de las finanzas públicas. La sanidad y eficiencia del gasto público a través de la contratación estatal es condición necesaria para el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos a través de la actividad gubernamental. El dispendio de recursos públicos puede darse tanto por corrupción como por ineficiencia, de allí que los componentes de planificación y presupuestos son fundamentales para evitar gastos innecesarios, excesivos, imprevistos, de baja calidad y no programados. Pese a que así está considerado en la parte normativa, en la práctica todavía hace falta un engranaje correcto entre los componentes planificación y presupuesto con la ejecución de las contrataciones estatales. Existe mucha regulación constitucional y legal novedosa al respecto, según se reseña en los numerales 2.1.1. y 2.1.2., mas lo que hace falta es interactuar, sobre todo con herramientas informáticas que hagan cumplir estas finalidades. Actualmente, en Ecuador existen desarrollos de sistemas informáticos paralelos en los aspectos presupuestarios y de contratación pública. Es necesario concretar una interoperabilidad entre ambos bloques sistémicos, y además desarrollar módulos de planificación (grandes objetivos nacionales, de los gobiernos descentralizados e institucionales) que interactúen y coordinen con el PAC, para una adecuada articulación entre estos tres componentes que deben ir de la mano: planificación, actividad presupuestaria y ejecución de la contratación pública. En la medida en que más se tecnifique y se use el PAC como herramienta de

planificación y anticipación de la demanda pública, más cerca estaremos del cumplimiento del objetivo de la LOSNCP de mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del gobierno central y de los organismos seccionales, y desde luego, más contrataciones respetando el principio de eficiencia. En ese sentido, lo que todavía falta es una práctica gubernamental que se puede derivar de una política pública de interoperabilidad de sistemas electrónicos de gobierno.

5. Uno de los más relevantes objetivos del SNCP es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública. Debemos empezar reconociendo que la transparencia no se cumple cuando se producen fracturas en la legalidad de los procedimientos; fracturas en la imparcialidad en los concursos y licitaciones públicas; y, cuando existen desvíos del interés público en la evaluación de las ofertas y selección de contratistas, para dar paso a intereses distintos. El análisis realizado nos indica que la transparencia no se agota con la publicidad de las actuaciones, sino que es una condición que implica que todo el procedimiento llevado a cabo para la contratación de obras, bienes y servicios se haya tramitado apegado a las normas legales y con criterios éticos y de objetividad. Así mismo se constató que la discrecionalidad en las actuaciones administrativas no es mala por sí misma, al contrario, es necesaria para la toma de decisiones, siempre que tenga sustento y razonabilidad. Bajo ese entendido, lo importante es combatir la arbitrariedad, pues su ejercicio se traduce en actuaciones subjetivas, sin fundamento en la legalidad, motivadas en

consideraciones de afectos, simpatías, antipatías o en venalidades. Otro aspecto fundamental para el correcto funcionamiento del SNCP es el control. Del análisis realizado en el numeral 2.1.3. se desprende que existe un vacío en cuanto al control precontractual de las contrataciones, debido a que existen muchas áreas de las fases previas a la adjudicación que no están siendo monitoreadas o verificadas, por falta de definición en la norma y por no dotarse de una competencia clara a ningún organismo en esta materia. En cuanto al control posterior de cualquiera de las fases de la contratación pública, existe un exceso de actores con competencias que muchas veces se entrecruzan. Es por ello que, a pesar de la vigencia del nuevo esquema legal sistémico a partir del 2008, persiste un sabor a frustración en lo tocante a la transparencia de las contrataciones, y es que esta condición no puede garantizarse por la creación de nueva institucionalidad ni por el funcionamiento de un sistema electrónico. Una de las más bajas calificaciones a la estructuración y desempeño del SNCP (1/3) se detecta al revisar el indicador 9 “el país tiene sistemas efectivos de control y auditoría” de la evaluación con metodología OCDE-CAD ya referida⁴⁰³. Definitivamente, sin el acompañamiento del esquema de control, el SNCP corre el riesgo de convertirse en un mutilado intento por mejorar la transparencia, sin dejar de reconocer que alejarse de prácticas corruptas es tarea de toda la sociedad en su conjunto y no solo de un organismo. Desde luego, se

⁴⁰³ “Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP–” de mayo de 2011, que utilizó la metodología OCDE-CAD.
<http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/informe%20de%20evaluacion.pdf> (revisado a noviembre 2012)

podría aportar mucho en este cometido con algunos giros de timón efectivos:

- (i) Con el fin de viabilizar un esquema que favorezca que las decisiones de los agentes y operadores de la contratación pública se basen en criterios de imparcialidad y eficacia, es fundamental el rol regulador que ejerza el ente rector de las contrataciones, pues siempre las normas legales o reglamentarias van a ser insuficientes. En ese sentido, el uso técnico y legal de los instrumentos de regulación con que cuenta: modelos de pliegos, mejoras de procesos, tecnificación y modernización de herramientas tecnológicas para las transacciones, mejor visualización de las acciones tomadas en la compra pública, mejora de criterios de evaluación y selección, etc., son elementos fundamentales que modularán las actuaciones de los agentes públicos y privados que interactúan en este mercado.
- (ii) También es clave el aspecto verificador, para realizar monitoreos de las posibles malas prácticas y prevenirlas. Esto requiere del establecimiento de criterios de monitoreo por riesgo, priorizaciones, personal suficiente y calificado y la adecuación de la estructura institucional para cumplir esta atribución.
- (iii) Una vez que el monitoreo y la verificación detectan posibles malas prácticas o acciones alejadas del principio de legalidad, es fundamental que exista una consecuencia efectiva. El SERCOP, si bien está facultado para recibir reclamaciones, no está en capacidad jurídica de resolverlas. A lo mucho, puede recomendar

medidas para rectificar el proceso o sugerir la suspensión del procedimiento precontractual, pero quien debe tomar la decisión final y definitiva es la entidad contratante. Ésta constituye una seria limitación al accionar efectivo para prevenir conductas lesivas al interés público y a los intereses particulares que puedan resultar afectados. Pero además, las consecuencias efectivas deben traducirse en sanciones proporcionales al daño y que se apliquen a tiempo (aspecto analizado en 2.3.3.6. de esta tesis). Urge establecer un esquema de sanciones administrativas que se apliquen como consecuencia inmediata de la sola inobservancia o contravención de una norma, y que no dependa de un examen especial o auditoría que se efectúe por parte del órgano contralor, tiempo después de que se cometió la infracción.

- (iv) Un sistema de reclamos e impugnaciones que garantice decisiones objetivas, imparciales y eficientes, es un elemento que también debe prever todo sistema de contratación pública. En la actualidad, la capacidad de resolver reclamos en sede administrativa la tiene la propia entidad contratante que generó el acto materia de la impugnación, lo que no se considera un esquema que garantice decisiones imparciales para proteger los intereses particulares afectados. Inclusive si no se considerase que el SERCOP, en su capacidad de regulador del SNCP, debiera asumir el rol de tercero imparcial que resuelva los reclamos administrativos, debería establecerse una autoridad administrativa distinta, como se vio en los casos de Chile,

Panamá y Perú (2.3.1. supra). La búsqueda de eficiencia no debe sacrificar la transparencia, y por tanto, suspender una adjudicación o contratación mientras se discuten, en los hechos y el derecho, las razones de un oferente en una licitación en concreto, es una condición necesaria de todo sistema de contratación que busque garantías a la participación justa e igualitaria y a la selección de la mejor alternativa en costo y calidad, para la entidad contratante.

- (v) La quinta recomendación, y tal vez la más trascendente e importante para alcanzar el objetivo de garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público, está relacionada con un proceso de modernización de los esquemas de control de gestión que rigen en el Ecuador. El esfuerzo de haber reformado el sistema de contratación pública no se vio complementado con una reforma integral al sistema de control, contenido fundamentalmente en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a fin de adaptarse a los nuevos procedimientos y mecanismos previstos en la LOSNCP, preferencialmente llevados a cabo con apoyo de las TIC. Cuando contemos con un esquema de control articulado, sistémico y moderno, la interacción con el SNCP, y sobre todo el SOCE, será viable y deseable, pues la gestión y el control deben ir de la mano y no por carriles separados. En este sentido, es necesario que se clarifiquen en las leyes respectivas los roles, límites y competencias del Consejo de Participación Ciudadana y

Control Social, la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, pero sobre todo que se doten de mecanismos eficaces para prevenir y sancionar conductas elusivas de los objetivos de la ley. En este sentido, este fallo que afecta a la transparencia de los procedimientos de contratación pública, debe ser abordado con una profunda reforma legal e institucional.

6. En cuanto a la ejecución y administración de la contratación pública, debería existir una normativa que clarifique los límites y alcances de cada etapa del ciclo transaccional de la contratación pública, conforme se lo estudia en el numeral 2.1.4. Las etapas previa, precontractual, contractual, de ejecución del contrato y la de evaluación deberían tener un tratamiento más preciso para fijarse metas de desempeño en cada una de ellas.
7. En lo concerniente a la garantía de ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, aparentemente este objetivo se cumpliría si y solo si los administradores de los contratos públicos y los contratistas cumplen sus obligaciones, y posiblemente si existieran también mecanismos adecuados de solución de diferencias. Pero implica además que haya existido un procedimiento precontractual llevado de forma tal que haya permitido escoger la mejor opción para el caso. También resulta fundamental una buena articulación de las cláusulas contractuales, por esa razón, la capacidad reguladora del ente rector a través de modelos de pliegos y contratos, es fundamental. Si

bien esta facultad está bien perfilada en la LOSNCP, todavía el SERCOP debe desplegar acciones regulatorias en ese sentido.

8. En cuanto a convertir a la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional, objetivo que tiene que ver con la aplicación de políticas públicas, el análisis realizado dejó muchos aspectos para estas conclusiones. Uno de ellos es que la CRE establece algunos mandatos relacionados con el desarrollo productivo y también entrega esa responsabilidad a las compras públicas, según el Art. 288. Que la legislación interna, nos referimos a la LOSNCP, el COPYFP y el COPCI, establecen normas para cumplir el postulado constitucional, fundamentalmente, márgenes de preferencia para bienes, servicios y obras, aunque la LORLOSNCP ha incluido un mecanismo igual al de consultoría: el proteccionismo total, a través de cerrar el mercado público a participación extranjera en la medida en que exista capacidad nacional. Que puede existir una contradicción entre el principio de igualdad y este de priorización de bienes y servicios nacionales, pues entraña una discriminación. No obstante, debería entenderse que lo que se pretende es la aplicación del principio de igualdad material, dadas las diferencias que pueden existir entre proveedores de productos nacionales y de productos extranjeros, sobre todo originarios del primer mundo. También que existen consideraciones internacionales dentro de este análisis, fundamentalmente referidas al principio de trato nacional y no discriminación que consta en documentos referentes como el ACP de la OMC y al ACP revisado. Estos mismos principios se recogen en la Ley Modelo CNUDMI, aunque guarda disposiciones amigables a las

políticas de apoyo de producción nacional, promovidas sobre todo por países pobres y en vías de desarrollo. Un punto aparte constituye la consideración a la Decisión 439 de la CAN, sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios de la Comunidad Andina, en la medida que esta normativa supra nacional implicaría que, para consultoría, debería considerarse como nacionales también a los proveedores bolivianos, colombianos y peruanos. No obstante, existen algunas condiciones que todavía no se han ejecutado por lo que no se puede afirmar que exista un incumplimiento a sus normas cuando se cierra el mercado de consultoría únicamente para los consultores nacionales. A nuestro entender, como se lo dijo en el punto 3.4.1., Ecuador y los países en vías de desarrollo podrían aprovechar a la contratación pública como una importante herramienta de desarrollo, siempre que los mecanismos de apoyo (márgenes de preferencia, desagregación tecnológica e inclusive compras destinadas solo a producción nacional) estén condicionados a uso más intensivo de componentes nacionales, empleo o tecnologías localmente desarrolladas. En general, condicionada a innovación y crecimiento. Además, no debería existir una garantía permanente de estas preferencias, pues ello no estimula el desarrollo y la innovación, sino que genera actitudes cómodas. En otras palabras, una preferencia sin condicionamientos no es deseable pues no constituye un estímulo de crecimiento. Además, una preferencia inmanente y sin intermisión puede ser controversial en el campo internacional, pues puede generar

retaliaciones basadas en reciprocidad de trato, lo que dificultaría la entrada de proveedores nacionales en mercados públicos extranjeros.

9. En cuanto al objetivo de promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, otro de los objetivos con acento en políticas públicas, lo primero que se debe indicar es que a estos grupos se deben sumar los actores de la economía popular y solidaria, quienes tienen también derecho a los mismos privilegios y ventajas en la contratación pública. La CRE, el COPCI y la nueva LOEPS, sin perder de vista a la propia LOSNCP, son los cuerpos normativos que contienen reglas y mecanismos para plasmar este objetivo. Varios mecanismos se han previsto para cumplir este objetivo, iniciando por los estudios de compras de inclusión para identificar posibilidades de contratación con MIPYME o actores EPS. Luego, las ferias inclusivas son procedimientos especializados para posibilitar la participación exclusiva de estos segmentos de proveedores. No se puede dejar de lado la preferencia en cuanto a márgenes que se deben aplicar en el siguiente orden: actores EPS, micro proveedores, pequeños proveedores y medianos proveedores. También hay criterios de contratación preferente en contrataciones de menor cuantía y cotización. La razón para la existencia de estas preferencias también corresponde a una aplicación del principio de igualdad material. Así mismo, existen criterios que indican la inconveniencia de estas preferencias pues se encarecen las adquisiciones y se corre el riesgo de obtener bienes y servicios de no óptima calidad, pero la respuesta es que existen intereses superiores del

estado que alientan esta promoción, que evidentemente sacrifica eficiencia. A nuestro criterio, existe suficiente normativa que contribuye al propósito de promocionar y dar ventaja a las MIPYME y actores EPS dentro del gran esquema de la contratación pública. La tarea a futuro es medir el impacto de estas medidas y procedimientos, pues no somos partidarios de considerar exitosa la aplicación del objetivo por el mero hecho de adjudicar cada vez más volumen a estos segmentos, sino verificar que crezcan progresivamente, que innoven y que sean más competitivos.

10. En relación al objetivo de agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna, se puede concluir que la orientación que se debe dar a este punto es el uso de las TIC de la forma más generalizada y difundida como sea posible dentro de la contratación pública. Ello sirve para acortar tiempos, para acercar la oferta y la demanda sin requerimientos de presencia física, para mejorar la competencia con distintos mecanismos, para dar publicidad a las actuaciones, con miras a realizar controles técnicos y sociales, e inclusive para evitar el indeseable contacto entre proveedor y funcionarios públicos. El futuro de las compras públicas debe basarse en el aprovechamiento al máximo de las TIC. En el caso de compra de bienes y servicios normalizados, debe migrarse de un registro de proveedores a un registro de productos, en donde existan fichas electrónicas especializadas que sean llenadas por los propios proveedores con todas las características y especificaciones técnicas de los bienes y servicios estándar que ofrezcan. Esto podría

reemplazar la oferta, y para que una entidad adquiriera lo que requiere, simplemente podría ubicar en el portal, con algunos criterios de búsqueda, los productos que necesita. Inclusive podría existir una invitación y una etapa de mejora de ofertas en precio y en otras condiciones como plazos, etc. En cuanto a servicios no normalizados y obras, la clave será contar con toda la hoja de vida de los proveedores dentro del sistema, de manera que también se pueda adelantar mucho en identificar las destrezas, experiencia, trayectoria, desempeño y ejecutorias de los proveedores.

11. Para el objetivo de impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, vale la pena plantearse si los mecanismos de participación ciudadana y concretamente de veeduría que trae la nueva Ley Orgánica de Participación Ciudadana, serán los llamados a cumplir con este objetivo. No obstante, la LOSNCP mantiene vivo este objetivo, y es una atribución del SERCOP facilitar los mecanismos para su realización, de manera que es perfectamente válido iniciar en campañas para veedurías generales o específicas sobre contratación pública. Solo con el empoderamiento de la ciudadanía respecto a la gestión de la contratación pública, se podrá disimular errores en los mecanismos de control, o mejor dicho, complementarlos y sobre todo, se garantizará que las autoridades cumplan sus respectivos mandatos y obligaciones.
12. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del estado es el siguiente objetivo trazado en la LOSNCP. Tiene que ver con

la agilidad, simplicidad e incorporación de TIC en la gestión de la contratación pública, pero también en una nueva forma de entenderla, no como un conjunto de procedimientos, sino como una tarea estratégica del estado que impulsa, a través de actividades e interacciones eficientes y tecnológicas, que se compran bien y que se satisfagan las necesidades públicas a la par que se cuidan los recursos de todos.

13. Finalmente, el objetivo de incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP, pasa por un tema de difusión y atracción a proveedores, pero sobre todo por la confianza que debe inspirar el SNCP en los posibles oferentes. Se recalca que en general malas prácticas que vuelven a la contratación pública no clara, subjetiva y arbitraria ahuyentan a proveedores confiables y competitivos.
14. Otro punto de fundamental preocupación de esta tesis fue el análisis del modelo institucional, es decir, de la estructura y facultades del ente rector. Este factor es crítico, pues para administrar adecuadamente el nuevo sistema se requiere de un gerente con las suficientes capacidades, flexibilidad y aptitud para que los objetivos señalados se cumplan. Las principales facultades que se han identificado, en este caso, para SERCOP, son la verificadora y de control, administradora, reguladora, promotora – formativa e informativa y ejecutora. La primera de ellas no siempre está presente en todas las construcciones institucionales, y consiste en coadyuvar al control, a través de monitoreo y observaciones a procedimientos y la suspensión de aquellos que presenten vicios insubsanables. En el caso ecuatoriano, es una

importante facultad, dada la ausencia de un mecanismo formal preventivo de control previo y concurrente. La facultad administradora es sustancial, tarea prioritaria de los organismos rectores de contratación pública, en la medida en que aquí se comprende la operación de los sistemas de compras, sus procedimientos y herramientas. La facultad reguladora, para nosotros, es la más relevante, pues viene a imponer orden, homologación y armonía en el actuar público – privado que confluye en la contratación pública. Las reglas deben ser constantemente pensadas, repensadas, actualizadas, y por ello los modelos de documentos precontractuales y contractuales son fundamentales. Si un organismo no tiene la capacidad de incidir en las acciones y conductas de los actores de la contratación pública, no merece llamarse ente rector. La facultad promotora – formativa e informativa es muy importante, porque implica difusión, conocimiento, capacitación, certificación y acciones para cumplir los objetivos propuestos por la ley. Finalmente, la facultad ejecutora tiene alcances limitados pero importantes, sobre todo orientados a formar catálogos electrónicos de productos y servicios, actividad de no poca relevancia en materia de eficiencia. Se dio cuenta también de algunos modelos institucionales comparados de donde se desprende que el SERCOP está dotado de la mayoría de facultades y competencias para ejercer su rol de rectoría. No obstante, este análisis comparativo también nos deja como aprendizaje que existen alternativas de asunción de otro tipo de facultades, como la sancionadora y la resolutoria. No nos entusiasma la idea de que el SERCOP asuma aplicación de sanciones, a no ser que se

trate de faltas evidentes a normativa que no implica juzgamientos complejos. No obstante, somos partidarios de construir un sistema de reclamaciones que brinde garantías al proveedor que se siente perjudicado de que tendrá una respuesta objetiva, oportuna y efectiva.

15. Al analizar los procedimientos de régimen común, se hizo un análisis de acuerdo a la clasificación que trae la propia LOSNCP. Hay que resaltar que la mayoría de los procedimientos cumple con una orientación a eficiencia, en cuanto a tiempos de tramitación, así como a obtener los mejores costos de los bienes, servicios u obras. En cuanto a transparencia, se podría decir que el uso del portal www.compraspublicas.gob.ec bien sea para toda la transacción, bien solamente para publicación, es un importante elemento orientado al conocimiento público de las acciones de contratación. No obstante, de los once procedimientos de régimen común que se analizaron, solamente cuatro son de convocatoria y participación abierta. Aunque en principio ello no habla muy bien de un esquema de contratación con reglas orientadas a la competencia provechosa para el sector público, hay que decir en su favor que dos de ellos: la licitación y la subasta inversa electrónica, son los más empleados para contrataciones de bienes, servicios y obras. En cuanto a la orientación a la producción nacional, es necesario indicar que por mandato constitucional, todos los procedimientos prevén márgenes de preferencia para ofertas de origen ecuatoriano. En lo relativo a apoyos a las MIPE y actores EPS, es necesario rescatar que, así mismo, por disposición constitucional, todo procedimiento debe prever márgenes de preferencia a favor de estos

proveedores. No obstante, existen procedimientos especialmente dedicados a ellos: feria inclusiva, menor cuantía y cotización. Somos partidarios de una revisión normativa de estos procedimientos. Creemos que hay demasiados y que además, debería pensarse en esquemas más abiertos y competitivos, de manera que la mayoría de los procedimientos se tramiten bajo esos principios.

16. Al comparar los procedimientos de régimen común con los modelos internacionales se puede llegar a concluir que, en cuanto al convenio marco, se podría incluir en la legislación otras modalidades que podrían ser la de acuerdo marco abierto (que permitiría incluir a otros proveedores con mejores ofertas mientras dura el convenio marco), y con segunda etapa competitiva (que permitiría una mejora adicional de las condiciones establecidas en el convenio marco, frente a una adquisición concreta). En cuanto a la subasta inversa, la primera conclusión es que se la podría utilizar como una etapa para optimizar el precio dentro de un procedimiento de selección, como podría ser la licitación. También se debería analizar la posibilidad de no explicitar, durante las pujas, los precios de todos los competidores, para que se ofrezcan los mejores precios posibles en función de sus costos. Respecto a los procedimientos de consultoría, la gran conclusión es que no amerita tener procedimientos diferenciados. El tipo procedimental “solicitud de propuestas con negociación consecutiva” de la Ley Modelo CNUDMI sería el apropiado para llevar adelante las contrataciones por Concurso Público y Lista Corta. En general, no somos adeptos a los sistemas discriminatorios proteccionistas. Sin perder de vista los

objetivos de apoyo a la producción nacional, debería partirse de un apoyo a la consultoría nacional con margen de preferencia, mas no con cierre de mercado para impedir el acceso de consultores extranjeros. En cuanto a los procedimientos generales, la licitación no merece especial comentario, pues se ajusta al mecanismo “Licitación abierta” de la Ley Modelo CNUDMI. La cotización podría sustituirse por la “Licitación restringida”. La menor cuantía de obras es un procedimiento muy particularmente ecuatoriano, no comparable con los modelos internacionales. En cuanto a la menor cuantía de bienes y servicios y a la ínfima cuantía, debería sustituirse por la “solicitud de cotizaciones”. Finalmente, la feria inclusiva se podría incluir dentro de la modalidad de “contratación con un solo proveedor” para preservar políticas socioeconómicas.

17. Al analizar las contrataciones de régimen especial señalamos que no es técnicamente recomendable establecer regímenes particulares de procedimientos precontractuales en función de objetos de contratación. Por tanto, teniendo un abanico más amplio de mecanismos y procedimientos dentro de la legislación nacional, no sería necesario mantener regímenes especiales de contratación. Particularmente es preocupante el régimen especial de contratación de empresas públicas, empresas privadas con capital público y subsidiarias de ambas, pues tienen muchas posibilidades de abandonar el esquema regular de contratación pública (giro del negocio, sectores estratégicos, alianzas o acuerdos estratégicos). Somos del parecer que con incluir en el menú de procedimientos precontractuales variantes de la Ley Modelo CNUDMI

tales como “Solicitud de propuestas sin negociación”, “Licitación en dos etapas”, “Solicitud de propuestas con diálogo”, “Solicitud de propuestas con negociación consecutiva”, no se requerirían excepciones ni particularizaciones para las empresas públicas.

18. El régimen común de contratación pública debe constituir el tejido más importante de la contratación estatal de todo país. No obstante, de acuerdo a las estadísticas producidas por el INCOP de los años 2009, 2010 y 2011⁴⁰⁴, las contrataciones de régimen común representan para Ecuador el 55,22%, el 69,58% y el 52,35%, respectivamente.

En el año 2009, el monto de “publicación” representó el 44,78% de la contratación pública debido a que los cuatro primeros meses del año hubo procedimientos de régimen común que se terminaron de crear en el sistema, y por tanto no se realizaron electrónicamente en el portal. Así mismo, las contrataciones de ínfima cuantía y las de emergencia se sumaron dentro de este bloque *publicación* junto con las contrataciones de régimen especial.

Para el 2010, cada procedimiento de régimen común tiene su herramienta informática desarrollada, inclusive la ínfima cuantía tiene un sitio de publicación específico, al igual que las contrataciones de emergencia. Por tal motivo, los montos de *publicación* corresponden a régimen especial, y representan el 30,42% del total de la contratación pública considerada dentro del ámbito de la LOSNCP.

⁴⁰⁴ Tomado de los informes de los respectivos años publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec. Los cálculos se realizan sobre valores adjudicados.

Lo preocupante es que para el 2011, las cifras de *publicación* que deben representar únicamente las contrataciones bajo regímenes especiales alcanzan el 47,65% de los montos totales.

Se podría decir entonces que en el caso ecuatoriano, los procedimientos de régimen común no son los más comúnmente utilizados para realizar contrataciones, en cuanto a los montos de contrataciones. Ésta es una importante mácula a la transparencia del sistema. Consideramos que se deben procurar reformas al régimen especial, especialmente de empresas públicas que se gestionan bajo esquemas de monopolio, para que éstas apliquen procedimientos reglados y que eviten contrataciones directas a través de alianzas o convenios, dado que esas precisamente son las contrataciones más importantes en cuanto a uso de recursos. De otro lado, las empresas públicas que tienen régimen de competencia no deberían estar sujetas a la LOSNCP, pues es un contrasentido que, debiendo hacer contrataciones bajo el esquema de personas jurídicas de derecho privado, deban someterse a procedimientos precontractuales propios del sector público.

19. Para concluir sobre las observaciones a los procedimientos de régimen común, creemos que el Ecuador podría simplificar su tipología de procedimientos, dando paso a una clasificación por sus características y no por el objeto contractual al que atienden. No tiene sentido tener procedimientos diferenciados para consultoría y otros para obras, bienes y servicios. Fundamentalmente, como se ha visto, los procedimientos que, bajo criterios internacionales, usa el Ecuador en el régimen común son: licitación abierta, licitación restringida, solicitud de propuestas con

negociación consecutiva, solicitud de cotizaciones, contratación con un solo proveedor, subasta electrónica inversa y acuerdo marco. Estos procedimientos cubren todo tipo de objeto contractual.

Otra recomendación deseable es que se permita el uso de precalificación y preselección en todos los procedimientos, puesto que en el Ecuador únicamente cabe precalificación para consultoría⁴⁰⁵.

20. No podemos finalizar la tesis sin antes reflexionar en el siguiente sentido: el buen funcionamiento del SNCP es una garantía de eficiencia del manejo de los recursos públicos, en la fase de ejecución del ciclo presupuestario. Si los recursos públicos son administrados y gastados de forma eficiente, entonces podemos decir que la buena gestión de la contratación pública contribuye a garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales

Si se tratara de sintetizar en un párrafo al sistema de contratación pública ecuatoriano, podríamos decir que tiene importantes aportes a la transparencia, aunque no se ha dotado al ente rector de suficientes atribuciones para hacer exigibles sus observaciones; presenta una clara tendencia al uso de las TIC como elemento de desarrollo y agilidad; su esquema favorece la eficiencia; tiene una fuerte tendencia a aplicación de políticas públicas de incentivo a la producción nacional; MIPYME y actores EPS, lo que vuelven sus procedimientos no estrictamente igualitarios; y, todavía presenta muchas puertas de escape a contrataciones transparentes, objetivas y eficientes a través del abuso de regímenes especiales.

⁴⁰⁵ Art. 42 LOSNCP.

BIBLIOGRAFÍA

Agúndez, Miguel Ángel, Martínez-Simancas, Miguel Ángel (dir.), *Contratación pública*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Arrowsmith, Sue, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos : agua, energía, transportes, telecomunicaciones*, Madrid, Civitas, 1997.

Bibiloni, Homero, “Los efectos de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones” en Carlos Botassi, Director, *Temas de Derecho Administrativo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 177 – 197.

Carbonero Gallardo, José Miguel, *La adjudicación de los contratos públicos : procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, Las Rozas, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, DL, 2010.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2006, octava edición.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2006, octava edición.

Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, segunda edición.

Castro Cuenca, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública europea*, Colección mayor de "Estudios sobre corrupción", Salamanca, Universidad de Salamanca, 2009.

Cerrillo i Martínez, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública : mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2014.

Domínguez-Macaya Larnaga, Jaime, *Claves para una contratación pública electrónica eficaz : la firma electrónica como garantía : diez ventajas sobre la firma manuscrita*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011.

Dromi, Roberto, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, segunda edición.

Dromi, Roberto, *Sistema y Valores Administrativos*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

Eslava Rodríguez, Manuela, *Contratos públicos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.

Fernández Acevedo, Rafael; Valcárcel Fernández, Patricia, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor (Navarra), Civitas , 2014.

Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición.

Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, segunda edición.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá – Lima, Editorial Temis S.A., Palestra, 2008.

Gimeno Feliú, José María, *La utilización de la nuevas tecnologías en la contratación pública*, Zaragoza, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2004.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, octava edición.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, octava edición.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, Tomo 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, novena edición.

Güechá Medina, Ciro Nolberto, *Contratos Administrativos.- Control de legalidad de los actos precontractuales*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

Lamprea Rodríguez, Pedro, *Contratos Estatales*, Bogotá, Temis, 2007.

Linares, Mario, *Contratación pública: derecho local, internacional y de la integración*, Lima, Linares Consultores, 2013, segunda edición.

Medina Arnáiz, Teresa, *Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública*, Madrid, La Ley, 2010.

Moreno Molina, José Antonio, *Derecho global de la contratación pública*, México D.F., Ubijus, 2011.

Moreno Molina, José Antonio, *El Derecho de la contratación pública*, Toledo, Centro de Estudios Europeos, 2011.

Moreno Molina, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, 2006.

Parejo Alfonso, Luciano y Palomar Olmeda, Alberto, (dir.), *El Nuevo marco de la contratación pública*, Barcelona, Bosch, 2012.

Parra Gutiérrez, William René, *Los contratos estatales*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999, cuarta edición.

Pernas García, J. José (Dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi - Thomson, 2013.

Pernas García, J. José, *Contratación pública verde*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011.

Retjman Farah, Mario, "El principio de transparencia en el procedimiento administrativo" en Juan Carlos Cassagne, director, *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 79 – 101.

Rodríguez, Jaime; Moreno, José Antonio; Jinesta, Ernesto y Navarro, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*, San José, Editorial Guayacan, 2011.

Rodríguez Escanciano, Susana, *Cláusulas sociales y licitación pública : análisis jurídico*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Cano Campos, Tomás; Bilbao Alexiades, Bilbao, *La contratación pública: problemas actuales*, Madrid, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Secretaría General, 2013.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Introducción*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, tercera edición.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, cuarta edición.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida*, tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

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

Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, segunda edición.

Urrea Salazar, Martín Jesús, *La contratación internacional de las administraciones públicas*, Madrid, Dykinson, 1999.

REVISTAS

Abramo, Cláudio Weber, “Licitaciones y contratos públicos: El caso de Brasil”, en *Nueva Sociedad*, Volumen 194, Editorial Nueva Sociedad Ltda, 2004, pp. 69 – 90.

Alfonso, Carmen, “Plan de contratación pública verde: la compra sostenible”, en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, número 74, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2008, pp. 55-58.

Baca Romero, Mario Augusto, “Contratación pública y la aplicación del principio de trato nacional contenido en tratados o acuerdos internacionales”, en *Jus Gestión Pública*, número 3, Mayo- Junio 2008, pp. 143-156.

Bernal Blay, Miguel Ángel, “El principio de objetividad en la contratación pública”, en *Documentación administrativa*, número 289, Presidencia del Gobierno: Gabinete Técnico para la Reforma Administrativa, 2011, pp. 129-150.

Bernete García, Juan, “Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 26, número 1, Universidad Complutense de Madrid, 01/2013, pp. 85 – 94.

De Freitas, Marcelo y Santos de Varge Maldonado, José Manuel, “O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos”, en *Revista de Administração Pública*, Volumen 47, número 5, Fundação Getúlio Vargas, 10/2013, pp. 1265 – 1281.

García Aréjula, Jesús Ma y Bakaikoa Azurmendi, Baleren, “El papel de la Economía Social en la contratación pública del Gobierno vasco entre 2010 y 2012”, en *CIRIEC – Espana*, número 82, CIRIEC, 12/2014, pp. 207 – 245.

García Jiménez, Antonio, “El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra”, en *Revista de Administración Pública*, número 199, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 04/2016, pp.363 – 388.

Kattel, Rainer and Lember, Veiko, “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?”, en *Journal of Public Procurement*, volumen 10, número 3, The National Institute of Governmental Purchasing, Inc., The U.S. General Services Administration, and Florida Atlantic University Public Procurement Research Center, 2010, pp. 368 – 404.

Laguado Giraldo, Roberto, “La contratación pública electrónica en Colombia”, en *Vniversitas*, número 108, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 2004, pp. 457-498.

Lesmes Zabalegui, Santiago, “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral” en *Revista de relaciones laborales*, número 13, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 53 – 86.

Ossa Bocanegra, Camilo Ernesto, “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano”, en *Revista de Derecho*, número 42, Universidad del Norte, 01/2014, pp. 233 – 263.

Peñalosa, Emilio José Archila, “Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas”, en *Revista contexto*, número 38, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 9-32.

Velázquez Curbelo, Fernando, “El uso de los medios informativos y telemáticos en los procedimientos de la contratación pública”, en *Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo*, número 31, Cámara de Cuentas de Andalucía, 2003, pp. 60 – 67.

Zapatero Miguel, Pablo, “La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, número 27, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2014, pp. 19 -39.

Zúñiga Rial, Gloria, “El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública”, en *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Volumen 17, número 2, Universidade de Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones, 2008, pp. 65 – 90.

INFORMES Y PUBLICACIONES NO PERIODICAS

Beláustegui, Victoria, “Las compras públicas sustentables en América Latina: estado de avance y elementos clave para su desarrollo”, Programa Fortalecimiento de los Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe a través del uso de las herramientas TIC y de la promoción de la participación de las MIPyMEs - Grupo de Trabajo temático N 3, 2010.

MESICIC, Informe Final sobre el Ecuador, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010; http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf (septiembre 2011).

Bleger, Leonardo “Instrumentos financieros para facilitar el acceso de las PYMES a las compras públicas”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP/Documento de Trabajo No. 2, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/iniciativas-de-apoyo-es/programa-ict4gp/grupos-de-trabajo/ttg-2-2013-instrumentos-financieros-para-facilitar-el-acceso-de-las-mipymes-a-las-compras-publicas/participantes/documentos/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20No3.pdf/view>.

Saavedra, José, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo No. 1, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/novedades-es/publicacion-del-primer-documento-ttg-sobre-reformas-en-los-mecanismos-de-compras-publicas-y-las-mipymes>.

PAGINAS DE INTERNET

Concha, Gastón, “Background Study: the status of e-procurement reforms in Central and South America, Reporte Final, Resultados de la Medición de Madurez, Portales de Compra de América Latina”, IDB, Regional Workshop on e-procurement, 2008, en:

http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf.

Suárez Beltrán, Gonzalo y Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina, Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, 2007,

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/28648/DocW130.pdf>.

Vinocour Fornieri, Sergio, “Las compras del Estado en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica – México y en la Organización Mundial de Comercio”,

<http://www.comex.go.cr/conferencias/Conferencias/Las%20compras%20del%20estado%20en%20el%20Tratado%20de%20Libre%20Comercio%20entre%20Costa%20Rica%20-%20Mexico.pdf>.

Schwartz, Joshua, *Procurement as a tool for economic stimulus: The United States' experience, 2008-2010*,

<http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/16PublicProcurementasanEconomicPolicyTool/Paper16-1.pdf>.

“Collusion and corruption in public procurement, Contribution from Mexico”,

Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010,

<http://www.oecd.org/dataoecd/39/11/44512059.pdf>

Hernán Moreno Escobar, *Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública de América Latina: sistemas de compras y contratación*, Taller Avances en Gobierno Electrónico para mejorar la Transparencia, CEPAL, Naciones Unidas, 2010,

<http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf>.

Organización Mundial del Comercio, Definición de contratación pública, en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, 2011, en http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

Center for International Development at Harvard University, Government Procurement Summary, Global Trade Negotiations, Febrero 2003, en <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/govpro.html>

Sturges Paul, Corruption, Transparency and a Role for ICT?, International Journal of Information Ethics, Vol. 2, 2004, en http://www.i-r-i-e.net/inhalt/002/ijie_002_25_sturges.pdf

Departamento de Cooperación Jurídica- Secretaría de Asuntos Jurídicos, ¿Que es el MESIC?, Organización de Estados Americanos, 2011, en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm

Prensa Argentina, Sistema de precios testigo par las contrataciones del estado, República Argeentina, 8 de septiembre de 2010 en: <http://www.prensa.argentina.ar/2010/09/08/11655-nuevo-sistema-de-precios-testigo-para-contrataciones-del-estado.php>

Mazzo Saturnino, Los precios testigos, ponencia presentada en el Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos Públicos de Control

de la República Argentina, San Luís – República Argentina 23, 24 y 25 de noviembre de 2009, en

http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/index.php?option=com_content&view=article&id=260%3Axx-congreso-nacional-de-tribunales-de-cuentas-de-la-republica-argentina&catid=36%3Asptcra&Itemid=1

Transparencia Internacional de Latinoamerica y el Caribe, Mapa de riesgos relacionados con corrupcion en contratación pública en Ecuador, enero 2002 en:

http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion

Business Dictionary, definición VFM, en

<http://www.businessdictionary.com/definition/value-for-money-VFM.html>

Transparencia Internacional, Definición de transparencia, en:

http://archive.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq#faqcorr9

Organización Mundial del Comercio, Acuerdo de la Ronda de Uruguay sobre Contratación pública, en:

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm

Organización Mundial del Comercio, El Acuerdo Plurilateral Sobre Contratación Pública (ACP), La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública, en:

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm

Organización Mundial del Comercio, Contratación Pública, en:

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, 2012, en:

http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C Convención Interamericana Contra La Corrupción, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/453/18/PDF/N0345318.pdf?OpenElement>

Instituto Nacional del Sistema de Contratación Pública, Sistema Oficial de Contratación pública, Informe de Labores, 2010 en:

<http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010>

The world Bank, Definition of e-Government, en

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTGOVERNMENT/0,,contentMDK:20507153~menuPK:702592~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:702586,00.html>

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, 2007, en

<http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view>

Comité de expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Informe relativo a la implementación en La República del Ecuador de las disposiciones de La Convención seleccionadas para ser analizadas en la tercera ronda, y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas a dicho país en las rondas anteriores, marzo 2010, en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf

Moreno Escobar Hernán, Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública en América Latina: Sistemas de compras y Contratación, exposición realizada en el taller: Avances en Gobierno Electrónico para mejorar la transparencia, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, CEPAL-Naciones Unidas, Lima 21 de Junio de 2010 <http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf>.

Participantes del Foro de Alto Nivel, Declaración de París sobre la eficacia de la ayuda al desarrollo, París 2005, en http://www.impactalliance.org/ev_en.php?ID=41244_201&ID2=DO_TOPIC

Instituto Nacional del Sistema de Contratación Pública, Informe de labores, 2012, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/317-incop-informe-evaluacion-del-sncp-ecuador-oecd-dac-1>

Ley num. 19.886, Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Orientacion_Normativa/Normativa_e_n_Compras_Publicas/Ley_19886_01-03-2010.pdf

LEY N°18.575, Ley Organica Constitucional de Bases Generales

de la Administracion del Estado, Chile, en

http://www.dipres.gob.cl/control_gestion/pmg/ley18575.pdf

LEY No. 2.051 de Contrataciones Públicas, Paraguay, en,

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=uQFmX5wfB2JfDYVVIhQI%2FN%2FbMG3XJEdISW7U7RteHtFZbZbmGoV1hg%3D%3D>

Ley No 3.439, Que modifica la Ley de Contrataciones Públicas y establece la carta orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, Paraguay, en

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=uQFmX5wfB2JfDYVVIhQI%2FFSvzylzRIy5kQFNB0CQwQIZbZbmGoV1hg%3D%3D>

Ley No 4558, Mecanismos de apoyo a la producción y empleo nacional a través de los procesos de contrataciones públicas, Paraguay, en

<https://www.contrataciones.gov.py/sicp/download/getFile?cid=8631&fileName=OAwkXiYNi6QOh%2BTIKqR3782C1d%2Fp2D6FmxElfxpwY1aLVin1WtzvGUj3X0WcC%2BX4zfWy%2Fi0%2Be6hxnsEjO7olz8MIQRY%2FwV2UnrnTXigk7oApPT7t9tIUl1d3IHGoc7Ln2HT5Tf0%2BHI%3D>

Texto único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública con las reformas aprobadas por la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011, en

http://www.panamacompra.gob.pa/portal/files/Legislacion/Leyes/TEXTO_UNICO_LEY_22_2006_VERS_FINAL_11_06_2006.pdf

Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, Perú, en <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/TUO%201era%20edicion%202011con%20indice%20analitico.pdf>

Ministerio de Planificación del Brasil, Facultades de la Secretaria de Logística e Tecnología da Informação - SLTI, octubre 2012, en:

<http://www.mp.gov.br/secretaria.asp?sec=7>

Secretaría de la Función Pública, facultades, octubre 2012, en:

<http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/unidades-administrativas/sacn/funciones-sacn.html>

Decreto 150 de mayo de 2012, reformas a la Ley 18.834 de 4 de noviembre de 2011 en: <http://www.comprasestatales.gub.uy/Documentos/tocaf17052012.pdf>

Decreto 4170 de noviembre de 2011, en <https://www.contratos.gov.co/puc/agenciaNacional.html>

Los Sistemas Dinámicos de Adquisición,

<http://contratacionpublica.wikispaces.com/Los+sistemas+din%C3%A1micos+de+adquisici%C3%B3n> (revisado a octubre de 2012).

Araya Allende Juan, Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados, División de Comercio Internacional e Integración, Chile, abril de 2006, en

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/24637/S67CI-L2517e-P.pdf> (revisado a noviembre 2012)

OECD-CAD, Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP, mayo de 2011, en

<http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/informe%20de%20evaluacion.pdf>

ANEXOS

ANEXO 01

Facultades del SERCOP y sanciones previstas en la LOSNCP.

FACULTAD VERIFICADORA Y DE CONTROL

De acuerdo con la ley⁴⁰⁶, las atribuciones que corresponden a esta facultad son las siguientes:

- (i) Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- (ii) Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
- (iii) Notificar a la máxima autoridad de la entidad contratante de la interposición de un reclamo, cuando considere que existen indicios de incumplimiento de las normas de la ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP, para que disponga la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles;
- (iv) Sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso;
- (v) Sugerir la suspensión definitiva del procedimiento precontractual;
- (vi) Suspender en el portal institucional la continuación del procedimiento cuando la entidad contratante no resuelve el recurso de apelación contra sus actos administrativos dentro del término correspondiente, hasta la resolución del recurso interpuesto;

⁴⁰⁶ LOSNCP, Art. 10 numerales 1 y 14; Art. 14; Art. 15; Art. 52; Art. 101; Art. 102 reformado por la LORLOSNC; Art. 103 reformado por la LORLOSNC; COPCI, Art. 55; Art. 102; Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 11; Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 41.

- (vii) Verificar el uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;
- (viii) Verificar el uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública;
- (ix) Verificar el cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;
- (x) Verificar la contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;
- (xi) Verificar que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación;
- (xii) Verificar que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada;
- (xiii) Solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud;
- (xiv) Informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la LOSNCP;
- (xv) Velar por la aplicación de los privilegios de la contratación preferente;

- (xvi) Vigilar que el funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante no retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes;
- (xvii) Monitorear que las entidades contratantes cumplan la aplicación de criterios de inclusión e incentivos para la participación de MIPYMES y actores de la EPS;
- (xviii) En conjunto con el Ministerio a cargo de la política industrial, desarrollar mecanismos pertinentes para el control del componente nacional agregado en la adquisición de bienes y servicios, en las compras públicas y en las inversiones que se realicen en los proyectos en los sectores estratégicos; y,
- (xix) Replicar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado bases de datos e información para el control de conductas y actos reñidos con la competencia en las contrataciones y subcontrataciones públicas.

FACULTAD ADMINISTRADORA

Sistematizando las prescripciones legales⁴⁰⁷, las atribuciones atinentes a esta facultad son las siguientes:

- (i) Determinar el giro específico y el giro común de las empresas públicas para determinar su régimen de contratación;
- (ii) Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;

⁴⁰⁷ LOSNCP, Art. 2 numeral 8; Art. 6 numeral 29; Art. 10 numerales 4, 5, 6, 7 y 11; Art. 16; Art. 21; Art. 26; Art. 25.2. añadido por la LORLOSNCP; Art. 35, Art. 37 reformado por la LORLOSNCP, Art. 44; Art. 97; Art. 98; COPCI, Art. 55.

- (iii) Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS;
- (iv) Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
- (v) Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
- (vi) Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
- (vii) Administrar los mecanismos para verificar inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano;
- (viii) Determinar la no existencia de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional para la participación de la consultoría extranjera;
- (ix) Administrar el registro de incumplimientos, que incluirá a los adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos;
- (x) Administrar el registro público electrónico de los contratos; y,
- (xi) Mantener un registro actualizado de las compras realizadas a la EPS y a las MIPYMES.

FACULTAD REGULADORA

Las disposiciones normativas⁴⁰⁸ relacionadas con esta facultad son las siguientes:

- (i) Dictar la normativa y metodología para que las entidades contratantes realicen el estudio de desagregación tecnológica;
- (ii) Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
- (iii) Establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS;
- (iv) Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública; así como para compras corporativas; y,
- (v) Dictar normas administrativas, manuales, regulaciones e instructivos relacionados con la Ley.

FACULTAD PROMOTORA, FORMATIVA E INFORMATIVA

Las atribuciones que la ley señala⁴⁰⁹ y que se vinculan a esta facultad son:

- (i) Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
- (ii) Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

⁴⁰⁸ LOSNCP, Art. 6 numerales 10 y 24; Art. 10 numerales 3, 5, 8 y 9; Art. 21; Art. 23; Art. 27; Art. 29; Art. 52.

⁴⁰⁹ LOSNCP, Art. 10 reformado por la LORLOSNC, numerales 2, 10, 12, 13, 15, 16, 17; Art. 6 numeral 4; COPCI, Art. 55.

- (iii) Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
- (iv) Capacitar y certificar a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- (v) Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
- (vi) Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
- (vii) Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP;
- (viii) Incentivar que las entidades contratantes cumplan la aplicación de criterios de inclusión e incentivos para la participación de MIPYMES y actores de la EPS; y,
- (ix) Divulgar a la ciudadanía los beneficios de las compras realizadas a la EPS y a las MIPYMES, así como los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones.

FACULTAD EJECUTORA

Estas atribuciones están previstas en la ley⁴¹⁰ de la siguiente manera:

⁴¹⁰ LOSNCP, Art. 6 numeral 9, Art. 43; RGLOSNC, Art. 78.

- (i) Seleccionar y suscribir convenios marco con los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico; y,
- (ii) Llevar adelante y coordinar la subasta inversa corporativa, procedimiento de régimen especial para adquirir medicamentos, y suscribir convenios con los proveedores cuyos productos serán ofertados en el Repertorio de Medicamentos.

SANCIONES PREVISTAS EN LA LOSNCP.

INFRACCIÓN	ÓRGANO SANCIONADOR	SANCIÓN	NORMA LOSNCP
Contratista Incumplido	Entidad contratante (SERCOP únicamente lleva el registro)	Inhabilitado por 5 años en el RUP	Art. 19 No. 1; 98.
Adjudicatario fallido	Entidad contratante (SERCOP únicamente lleva el registro)	Inhabilitado por 3 años en el RUP	Art. 19 No. 1; 35; 98.
No actualizar información para RUP	SERCOP	Suspensión en el RUP por un lapso de entre 60 y 180 días. La reincidencia se	Art. 19 No 2 y 107 Lit. a. incorporado por la

		sanciona con suspensión en el mismo registro entre 181 y 360 días	LORLOSNCP.
Entregar información adulterada para el RUP	Órgano judicial (SERCOP únicamente lleva el registro)	Suspensión definitiva del RUP	Art. 19 inciso final.
Participar en uno o más procedimientos de contratación, sin estar habilitado en el Registro Único de Proveedores, salvo que se trate de un procedimiento exento de este requisito	SERCOP	Suspensión en el RUP por un lapso de entre 60 y 180 días. La reincidencia se sanciona con suspensión en el mismo registro entre 181 y 360 días.	Art. 107 Lit. b. incorporado por la LORLOSNCP.
Proporcionar información o realizar una declaración	SERCOP	Suspensión en el RUP por un lapso de entre 60 y 180 días. La reincidencia se	Art. 107 Lit. c. incorporado por la LORLOSNCP.

errónea respecto de su calidad de productor nacional		sanciona con suspensión en el mismo registro entre 181 y 360 días.	
Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento.	SERCOP	Suspensión en el RUP por un lapso de entre 60 y 180 días. La reincidencia se sanciona con suspensión en el mismo registro entre 181 y 360 días.	Art. 107 Lit. d. incorporado por la LORLOSNCOP.
Defectos en los estudios de consultoría	Entidad contratante (SERCOP únicamente lleva el registro)	Inhabilitado por 5 años en el RUP	Art. 19 No. 3; Art. 100.
Retardo o incumplimiento de obligaciones contractuales	Entidad contratante	Multas, ejecución de garantías, terminación unilateral del contrato	Art. 71, 73, 74, 94, 95.
Retardo indebido de pagos	Contraloría General del Estado	Destitución y multa mínima de 10 salarios básicos	Art. 101.

		unificados hasta 10% del valor indebidamente retenido.	
--	--	-----------------------------------------------------------------	--

Tabla 19. Facultades del SERCOP y Sanciones previstas en la LOSNCP.

Fuente: varias leyes.

Elaboración: propia.

ANEXO 02

Montos referenciales de los procedimientos de contratación.

Objeto Contratación	Procedimientos	Montos (US \$)
Bienes y Servicios Normalizados	Compra por catálogo	Sin límites
	Subasta inversa electrónica	2010: Más de 4.256,41
		2011: Más de 4.790,50
		2012-3: Más de 5.221,85
	Ínfima Cuantía	2010: Menos de 4.256,41
		2011: Menos de 4.790,50
		2012-3: Menos de 5.221,85
	Menor Cuantía	2010:
		De 4.256,41 a 42.564,12
		2011:
De 4.790,50 a 47.900,50		
Cotización	2012-3:	
	De 5.221,85 a 52.218,54	
	2010:	
	De 42.564,12 a 319.230,93	
Licitación	2011:	
	De 47.900,50 a 359.253,75	
	2012-3:	
	De 52.218,54 a 391.639,05	
Bienes y Servicios No Normalizados	Ínfima Cuantía	2010: Más de 319.230,93
		2011: Más de 359.253,75
		2012-3: Más de 391.639,05
Bienes y Servicios No Normalizados	Menor Cuantía	2010: Menos de 4.256,41
		2011: Menos de 4.790,50
		2012-3: Menos de 5.221,85
		2010:
Bienes y Servicios No Normalizados	Menor Cuantía	De 4.256,41 a 42.564,12
		2011:
		De 4.790,50 a 47.900,50
		2012-3:

		De 5.221,85 a 52.218,54
	Cotización	2010: De 42.564,12 a 319.230,93
		2011: De 47.900,50 a 359.253,75
		2012-3: De 52.218,54 a 391.639,05
	Licitación	2010: Más de 319.230,93
		2011: Más de 359.253,75
		2012-3: Más de 391.639,05
Obras	Menor Cuantía	2010: Hasta 148.974,43
		2011: Hasta 167.651,75
		2012-3: Hasta 182.764,89
	Cotización	2010: De 148.974,43 a 638.461,86
		2011: De 167.651,75 a 718.507,50
		2012-3: De 182.764,89 a 783.278,11
	Licitación	2010: Más de 638.461,86
		2011: Más de 718.507,50
		2012-3: Más de 783.278,11
Consultoría	Contratación Directa	2010: Hasta 42.564,12
		2011: Hasta 47.900,50
		2012-3: Hasta 52.218,54
	Lista Corta	2010: De 42.564,12 a 319.230,93
		2011: De 47.900,50 a 359.253,75
		2012-3: De 52.218,54 a 391.639,05
	Concurso Público	2010: Más de 319.230,93
		2011: Más de 359.253,75
		2012-3: Más de 391.639,05

Tabla 20. Montos referenciales de los procedimientos de contratación.

Fuente: portal www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

ANEXO 03

Cifras de las compras por catálogo electrónico.

	2010 ⁴¹¹	2011 ⁴¹²
No. ítems catalogados	2.351	2.309
Tipo de ítems	Vehículos Suministros de oficina Equipos de impresión Equipos de computación Suministros de limpieza Productos de apoyo a discapacitados	Vehículos Suministros de oficina Equipos de impresión Equipos de computación Suministros de limpieza Productos de apoyo a discapacitados Servicios de confección de prendas de vestir
No. bienes adquiridos	26'610.371	28'092.754
Valor (US \$)	138'901.701,38	198'148.654,66
No. órdenes de compra	16.119	24.156
% en relación al monto total de contratación pública ⁴¹³ .	2,319	2,010

⁴¹¹ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a octubre 2012).

⁴¹² Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre 2012).

⁴¹³ El total del presupuesto de compra adjudicado para el 2010 fue de US \$ 5.989'252.825,47; y para el 2011 de US \$ 9.857'369.693,80.

% respecto a la subasta inversa electrónica ⁴¹⁴ .	11.027	16.802
-----------------------------------------------------------------	--------	--------

Tabla 21. Cifras de las compras por catálogo electrónico.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

⁴¹⁴ El presupuesto de compra adjudicado a través de subasta inversa para el 2010 fue de US \$ 1.259'587.108,24, mientras que para el 2011 de US \$ 1.179'286.531,51

ANEXO 04

Cifras de la subasta inversa electrónica.

	2010 ⁴¹⁵	2011 ⁴¹⁶
Montos adjudicados (US \$)	1.259'587.108,24 ⁴¹⁷	1.179'286.531,51 ⁴¹⁸
Número de procedimientos	25.597	28.670
Número de procedimientos con puja	14.311	14.888
Monto adjudicado de procedimientos con puja (US \$)	689'693.454,89	609'394.201,11
Número de procedimientos con negociación	11.286	13.782
Monto adjudicado de procedimientos con negociación (US \$)	569'893.653,35	569'892.330,40
% rebaja presupuestaria con puja	28%	19%
% rebaja presupuestaria con negociación	11%	7%

Tabla 22. Cifras de la subasta inversa electrónica.

Fuente: www.compraspublicas.gob.ec.

Elaboración: propia.

⁴¹⁵ Tomadas del Informe Anual 2010, en: <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2010> (revisado a noviembre de 2012).

⁴¹⁶ Tomadas del Informe Anual 2011, en: <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/informe-de-labores-2011> (revisado a noviembre de 2012).

⁴¹⁷ El monto adjudicado en procedimiento de licitación para el 2010 fue de US \$ 1.429'300.531,02.

⁴¹⁸ El monto adjudicado en procedimiento de licitación para el 2011 fue de US \$ 1.966'313.867,33.

ANEXO 05

Procedimientos de la Ley Modelo CNUDMI.

METODO ⁴¹⁹	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS
Licitación abierta (Arts. 28; 36 a 44).	Se considera el método ordinario que debe elegir toda entidad a menos que haya circunstancias justificadas para optar por otra modalidad. La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.
Licitación restringida (Arts. 29; 34, 1, a, b; 45)	Procede en las siguientes circunstancias: <ul style="list-style-type: none">• Si el objeto de la contratación es únicamente obtenible, por razón de su elevada complejidad o de su índole especializada, de un número limitado de proveedores o contratistas. En este caso se solicitará ofertas a todos los proveedores o contratistas que puedan ofertar.• Si el tiempo y los gastos que supondrían en examen y la evaluación de un gran número de ofertas resulten desproporcionados en relación con el valor del objeto del contrato adjudicable. En este caso se seleccionará a los invitados sin criterios discriminatorios y en un número

⁴¹⁹ Art. 27 Ley Modelo CNUDMI.

	<p>suficiente para garantizar una verdadera competencia.</p> <p>La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.</p>
<p>Solicitud de cotizaciones (Art. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3)</p>	<p>Opera para la contratación de bienes y servicios que sean fáciles de obtener, es decir, sin que hayan de ser producidos o suministrados conforme a alguna descripción particular dada por la entidad adjudicadora y respecto de los cuales exista una oferta establecida en el mercado, siempre y cuando el valor previsto del contrato adjudicable sea inferior al umbral que se haya anunciado al respecto.</p> <p>Se solicitará cotizaciones al mayor número posible de proveedores, pero mínimo a tres.</p> <p>La entidad no puede entablar negociación alguna con el proveedor o contratista respecto de la cotización presentada.</p> <p>El contrato se adjudicará a la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora.</p>
<p>Solicitud de propuestas sin negociación (Arts. 29, 3; 47)</p>	<p>Opera cuando la entidad adjudicadora proceda a examinar por separado los aspectos financieros de las propuestas y únicamente tras haber concluido el examen y evaluación de los aspectos de calidad y técnicos de la propuesta.</p> <p>Caben casos de precalificación, preselección y convocatoria directa, como se explicará más adelante.</p> <p>Se debe indicar en las instrucciones para preparación y</p>

presentación de ofertas, que éstas se presentarán en dos sobres: uno con las características técnicas, de calidad y de funcionamiento de la propuesta, y otro con los aspectos financieros de la propuesta.

Las propuestas cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento, luego de la apertura, examen y evaluación de los sobres correspondientes a estos aspectos, no cumplan los requisitos mínimos pertinentes, se rechazarán por considerarse no conformes. A cada proveedor o contratista cuya propuesta se hubiera rechazado se hará llegar sin demora el aviso de rechazo y de los motivos que lo justifiquen, junto con un sobre no abierto en el que se describan los aspectos financieros de la propuesta.

Las propuestas cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento, luego de la apertura, examen y evaluación de los sobres correspondientes a estos aspectos, cumplan o superen los requisitos mínimos pertinentes, se considerarán conformes. La entidad adjudicadora comunicará sin demora a los proveedores o contratistas que hayan presentado esas propuestas la puntuación de las características técnicas y de calidad de sus respectivas propuestas. La entidad adjudicadora invitará a todos esos proveedores o contratistas a la apertura de los sobres en los que se describan los aspectos financieros de las propuestas.

La puntuación de las características técnicas, de calidad y de

	<p>funcionamiento de cada propuesta conforme, así como el aspecto financiero correspondiente de la propuesta, se leerán en voz alta ante los proveedores o contratistas que hayan sido invitados a la apertura de los sobres en los que se describan los aspectos financieros de las propuestas.</p> <p>La entidad adjudicadora comparará los aspectos financieros de las propuestas conformes y, en función del resultado, determinará la propuesta ganadora de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en la solicitud de propuestas. La propuesta ganadora será la que resulte mejor evaluada combinando el precio y los criterios distintos del precio que se especifiquen en la solicitud de propuestas.</p>
<p>Licitación en dos etapas (Arts. 30, 1; 48)</p>	<p>Procede en las siguientes circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando la entidad adjudicadora considere que son necesarias conversaciones con los proveedores o contratistas para perfeccionar aspectos de la descripción del objeto de la contratación; para formularlos con precisión; y, para que pueda tener la solución más satisfactoria a sus necesidades de contratación. • Cuando se haya convocado a una licitación abierta sin que se hayan recibido ofertas o cuando se haya cancelado esa licitación; o cuando sea previsible que una nueva convocatoria no permitirá adjudicar el contrato.

En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales en las que figurarán sus propuestas, pero no el precio. Se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato adjudicable, así como acerca de las condiciones contractuales de su suministro y, cuando proceda, acerca de la competencia y sus calificaciones profesionales y técnicas exigibles de los proveedores o contratistas.

La entidad adjudicadora podrá entablar, en la primera etapa, conversaciones con todo proveedor o contratista cuya oferta inicial no haya sido rechazada, acerca de cualquier aspecto de su respectiva oferta inicial. Cuando la entidad adjudicadora entable conversaciones con algún contratante, ofrecerá por igual a todo otro concursante la posibilidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones.

En la segunda etapa, la entidad adjudicadora invitará a todo proveedor o contratista cuya oferta inicial no hubiera sido rechazada en la primera etapa a que presente su oferta definitiva y su respectivo precio en función de un conjunto de condiciones revisadas para la contratación.

Al revisar las condiciones pertinentes para la contratación, la entidad adjudicadora no podrá modificar el objeto de la contratación, pero sí podrá perfeccionar aspectos de la

	<p>descripción del objeto de la contratación, concretamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Suprimiendo o modificando cualquier aspecto de las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato inicialmente establecidas, y añadiendo una nueva característica; • Suprimiendo o modificando cualquier criterio inicialmente establecido para el examen o la evaluación de las ofertas y añadiendo todo nuevo criterio, pero solo en la medida que esa supresión, modificación o adición, resulte necesaria a raíz de algún cambio en las características técnicas o de calidad en el objeto del contrato. <p>Toda supresión, modificación o adición que se haga será comunicada a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar su respectiva oferta definitiva.</p> <p>El proveedor o contratista que no desee presentar su oferta definitiva podrá retirarse del procedimiento de licitación sin perder la garantía de oferta, si se hubiere exigido.</p>
<p>Solicitud de propuestas con diálogo (Arts. 30, 2; 49)</p>	<p>Procede en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de hacer una descripción detallada del objeto de la contratación y determine que es necesario un diálogo con los proveedores o contratistas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación.

- Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo.
- Cuando la entidad adjudicadora determine que el método de contratación seleccionado sea el más apto para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del estado.
- Cuando se haya convocado a una licitación abierta sin que se hayan recibido ofertas o cuando se haya cancelado esa licitación; o cuando sea previsible que una nueva convocatoria no permitirá adjudicar el contrato.

La Ley Modelo CNUDMI prevé la posibilidad de que esta modalidad sea aprobada por algún organismo como un aspecto de control previo.

Caben casos de precalificación, preselección y convocatoria directa, como se explicará más adelante.

La entidad adjudicadora examinará toda propuesta que reciba en función de los requisitos mínimos establecidos y rechazará por falta de conformidad toda propuesta que no satisfaga tales requisitos.

La notificación de rechazo y las razones que lo motivaron será

expedida sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas cuya propuesta se haya rechazado.

La entidad adjudicadora invitará a cada concursante que presente una propuesta conforme y que no rebase el número máximo de concursantes previsto, a participar en la etapa de diálogo. La entidad adjudicadora procurará invitar a un número de concursantes que garantice la verdadera competencia entre ellos, por lo que, en lo posible, ese número no deberá ser inferior a tres.

El diálogo será entablado, en forma concomitante, por los mismos representantes de la entidad adjudicadora.

En el curso del diálogo abierto, la entidad adjudicadora no modificará ni el objeto del contrato adjudicable, ni ningún criterio de calificación o de evaluación ni ningún requisito mínimo establecido, así como tampoco ningún elemento de la descripción del objeto del contrato o ninguna condición de ese contrato que no hayan de ser objeto del diálogo ofrecido en la solicitud de propuestas.

Todo requisito, directriz, documento, aclaración o todo otro dato que sea fruto del diálogo entablado por la entidad adjudicadora con alguno de los concursantes deberá comunicarse por igual y al mismo tiempo a los demás concursantes, salvo que se trate de algún dato específico o exclusivo de ese concursante o salvo que su divulgación sea

	<p>contraria a las reglas de confidencialidad⁴²⁰.</p> <p>Una vez concluido el diálogo, la entidad adjudicadora invitará a cada proveedor o contratista que siga participando en el proceso de contratación a que presente su mejor oferta definitiva respecto de todos los aspectos de su propuesta. La petición se hará por escrito y en ella se precisarán la forma, el lugar y el plazo para la presentación de las ofertas definitivas.</p> <p>No se entablará negociación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes respecto de su mejor oferta definitiva.</p> <p>Se declarará ganadora la oferta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora conforme se determine por el método y según los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas.</p>
<p>Solicitud de propuestas con negociación consecutiva (Arts. 30, 3; 50)</p>	<p>Opera cuando la entidad examina por separado los aspectos financieros de las propuestas y únicamente tras haber concluido el examen y la evaluación de los aspectos de calidad y técnicos de las propuestas, y determine que son necesarias las negociaciones consecutivas con los proveedores o contratistas para asegurar que las condiciones financieras del contrato adjudicable sean aceptables para la entidad adjudicadora.</p> <p>Se tendrá por conforme toda propuesta cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento satisfagan o superen</p>

⁴²⁰ Establecidas en el Art. 24 de la propia Ley Modelo CNUDMI.

los requisitos mínimos aplicables. La entidad adjudicadora puntuará cada propuesta declarada conforme, atendiéndose a los criterios y al método para la evaluación de propuestas que se enuncien en la solicitud de propuestas y deberá:

- Notificar sin dilación a cada proveedor o contratista que haya presentado una propuesta conforme, la puntuación obtenida por las características técnicas y de calidad de su propuesta y su rango en la clasificación general.
- Invitar a negociar sobre los aspectos financieros de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor puntuación con arreglo a los criterios y al método aplicables.
- Informar a todo otro proveedor o contratista que haya presentado una propuesta conforme que, en caso de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con los proveedores o contratistas que hayan obtenido mejor puntuación, tal vez sea llamado a negociar.

Cuando resulte evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o contratista invitado no concluirán con la celebración de un contrato, la entidad adjudicadora informará a ese concursante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones.

La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista clasificado que obtuvo la segunda mejor puntuación; de no dar tampoco resultado esas

	<p>negociaciones, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, en función de su puntuación respectiva, a los demás concursantes hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar todas las propuestas restantes.</p> <p>Durante el curso de las negociaciones, la entidad adjudicadora no modificará ni el objeto ni el contrato adjudicable, ni ningún criterio de calificación, de examen o de evaluación aplicable, ni ningún requisito mínimo exigible, así como ningún elemento de la descripción del objeto del contrato ni ninguna condición de ese contrato que no sea algún aspecto financiero de la propuesta presentada que se haya de negociar en esa etapa, al tenor de lo anunciado en la solicitud de propuestas.</p> <p>La entidad adjudicadora no podrá reabrir las negociaciones con un proveedor o contratista con el que las haya dado por terminadas.</p>
<p>Subasta electrónica inversa (Arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53; 54; 55; 56; 57)</p>	<p>Se define como una técnica informática de contratación en tiempo real, de la que podrá valerse la entidad adjudicadora para seleccionar la oferta ganadora, consistente en que los proveedores o contratistas vayan presentando, durante un plazo establecido, ofertas cada vez más bajas, cuya evaluación será automática.</p> <p>Puede ser un método de contratación en sí o una etapa previa a la adjudicación del contrato. También se podrá recurrir a ella para la adjudicación de un contrato en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva.</p>

Procede bajo las siguientes condiciones:

- Que la entidad adjudicadora pueda formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable.
- Que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas previsiblemente cualificados para participar en la subasta electrónica inversa que garantice que esta subasta será competitiva.
- Que los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios.

Si el número de proveedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una verdadera competencia, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta. La cancelación será comunicada sin tardanza a cada proveedor o contratista inscrito.

El período que medie entre el envío de la invitación a inscribirse para participar en la subasta electrónica inversa y la celebración de ésta será suficientemente largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas a prepararse para la subasta, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora.

La entidad adjudicadora podrá decidir, habida cuenta de las circunstancias de la contratación de que se trate, que la subasta electrónica inversa irá precedida de un examen o

evaluación de las ofertas iniciales. En estos casos, una vez concluido dicho examen o evaluación, la entidad adjudicadora deberá:

- Hacer llegar sin demora a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial se haya rechazado, el aviso de rechazo y de los motivos que lo justifiquen.
- Emitir sin demora una invitación a inscribirse para participar en la subasta a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial sea conforme, junto con toda la información necesaria para participar en la subasta.
- Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la evaluación en lo que respecta al proveedor o contratista al que vaya dirigida la invitación.

Cuando se emplee la subasta electrónica inversa como fase previa a la adjudicación del contrato en un método de contratación o en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores o contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación, que se celebrará una subasta.

Además deberá proporcionar la siguiente información mínima:

- La fórmula matemática que se utilizará en el procedimiento de evaluación durante la subasta.
- La vía de acceso a la subasta con inclusión de

información apropiada para efectuar la conexión a la subasta.

Antes de la celebración de la subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora enviará una invitación a la subasta a todos los proveedores o contratistas que sigan participando.

Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la evaluación en lo que respecta al proveedor o contratista al que vaya dirigida la invitación.

La subasta electrónica inversa se basará:

- Cuando el contrato se adjudique a la oferta con el precio más bajo, en el precio;
- Cuando el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, en el precio y los demás criterios que se hayan comunicado a los proveedores.

En el curso de una subasta todos los licitantes gozarán por igual de la posibilidad de presentar en cualquier momento sus ofertas.

Toda oferta será objeto de evaluación automática, de acuerdo al criterio empleado.

Cada licitante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas.

No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los licitantes, o entre los licitantes.

En el curso de la subasta, la entidad no dará a conocer la identidad de ninguno de los licitantes.

La subasta será clausurada de conformidad con los criterios comunicados a los proveedores o contratistas.

La entidad adjudicadora suspenderá o dará por clausurada la subasta de haber sufrido su sistema de comunicaciones alguna disfunción que entrañe un riesgo para el buen funcionamiento de la subasta o por cualquier otro motivo previsto en las normas aplicables a la subasta. La entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los licitantes, cuando haya tenido que suspender o declarar clausurada la subasta.

Las condiciones exigibles después de la subasta electrónica inversa, serán las siguientes:

- En la contratación mediante subasta en que la subasta no vaya precedida del examen o la evaluación de las ofertas iniciales, la entidad adjudicadora se asegurará de la conformidad de la oferta ganadora y de la idoneidad del proveedor o contratista que la presente.
- La entidad adjudicadora rechazará la oferta si se comprueba que no es conforme o que el proveedor o contratista que la presenta no está cualificado. Sin perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el procedimiento, podrá seleccionar la oferta que, al clausurarse la subasta, tenga el siguiente precio

	<p>más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa, siempre y cuando se verifiquen la conformidad de la oferta y la idoneidad del proveedor.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La entidad adjudicadora podrá rechazar una oferta por considerarse anormalmente baja, o si alberga dudas sobre la capacidad del licitante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. En tal caso, deberá seleccionar la oferta que, al clausurarse la subasta, tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa. Esta disposición no irá en perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el procedimiento.
<p>Contratación con un solo proveedor (Arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6; 52)</p>	<p>Procede en las siguientes circunstancias excepcionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación. • Si debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulte viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos. • Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la

entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio, y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada.

- Si la entidad adjudicadora determina que todo otro método de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del estado.
- Si, tras haberse publicado un aviso y dado la oportunidad debida para hacer observaciones, es necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado para promover alguna política socioeconómica del estado, siempre que no sea posible promover esa política contratando a algún otro proveedor o contratista.

Previamente a una convocatoria directa, la entidad adjudicadora hará publicar un anuncio de la contratación en el medio de publicación oficial, a menos que se trate de un caso

	<p>de urgencia.</p> <p>Cumplido lo anterior, la entidad adjudicadora podrá invitar a un solo proveedor o contratista a que presente una propuesta o una cotización.</p> <p>La entidad adjudicadora entablará negociaciones con el proveedor o contratista al que se haya solicitado una propuesta o una cotización, a menos que esas negociaciones no sean viables en las circunstancias del contrato que se haya previsto adjudicar.</p>
<p>Acuerdo marco (Arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1; 58 a 63)</p>	<p>Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco” se entenderá todo proceso de adjudicación de un contrato que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser partes de un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo.</p> <p>Por “acuerdo marco” se entenderá el acuerdo o los acuerdos que se concierten al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados.</p> <p>Por “acuerdo marco cerrado” se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo.</p>

- Se podrá utilizar los métodos de licitación abierta, licitación restringida, solicitud de cotizaciones, solicitud de propuestas sin negociación, licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva y contratación con único proveedor o contratista.
- Se concertará por escrito y en él se estipulará la duración máxima; la descripción del contrato adjudicable y toda condición aplicable; si el contrato con arreglo al acuerdo marco se adjudicará a la oferta con el precio más bajo o a la más ventajosa; y, el modo en el que se adjudicará el contrato.
- Todo acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista revestirá la forma de un único acuerdo entre todas las partes, a menos que la entidad adjudicadora estime que, en interés de una de las partes en el acuerdo marco, sea conveniente celebrar acuerdos separados con cualquiera de los proveedores o contratistas que sean parte del acuerdo marco.

Por “acuerdo marco abierto” se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente.

- La entidad adjudicadora establecerá y gestionará por vía informática su acuerdo marco abierto.

- La convocatoria a la participación en un acuerdo marco abierto se realizará de forma abierta, de la misma forma que la convocatoria para licitación.
- La invitación deberá contener una declaración explícita conforme a la cual los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas.
- Los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas a la entidad adjudicadora conforme a las condiciones enunciadas en la convocatoria para ser parte de ese acuerdo marco abierto.
- La entidad adjudicadora evaluará todas las propuestas indicativas que se reciban mientras esté en vigor el acuerdo marco, con la indicación de un plazo máximo para el efecto.
- La entidad adjudicadora podrá limitar el número máximo de partes en un acuerdo marco abierto sólo en la medida en que las limitaciones de la capacidad de su sistema de comunicaciones así lo exijan.
- En todo acuerdo marco abierto se deberá prever una segunda etapa competitiva para la adjudicación de todo contrato que se haga con arreglo al acuerdo.

- Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora deberá publicar de nuevo por lo menos una vez al año la invitación a ser parte de dicho acuerdo y, además, garantizar un acceso directo, pleno y sin restricciones a las especificaciones y condiciones del acuerdo marco, así como a cualquier otra información necesaria para su buen funcionamiento.

Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco con segunda etapa competitiva” se entenderá todo proceso de adjudicación con arreglo al método del acuerdo marco, ya sea abierto o cerrado, entablado con más de un proveedor o contratista, en el que al no haber sido posible determinar, al concluirse el acuerdo marco, alguna de las condiciones de los contratos que se tenga previsto adjudicar, será preciso determinar o precisar esas condiciones en una segunda etapa competitiva.

- Se indicará la duración del acuerdo marco, así como todas las condiciones que se puedan precisar durante la segunda etapa competitiva.
- Se indicará el procedimiento que se seguirá en esa segunda etapa competitiva y su frecuencia probable, así como los plazos previstos para presentar ofertas en esa segunda etapa.
- Se indicará los procedimientos y criterios que se seguirán en la segunda etapa competitiva, junto con la

ponderación relativa de esos criterios y la forma en que se aplicarán.

- Se podrá recurrir a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de un contrato en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva.

Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco sin segunda etapa competitiva” se entenderá todo proceso de adjudicación, con arreglo a un acuerdo marco cerrado, en el que se hayan de concretar, al concertarse el acuerdo marco, todas las condiciones de los contratos que se vayan a adjudicar.

Al estimar el valor del contrato, la entidad adjudicadora lo hará en función de todos los contratos previstos en un acuerdo marco durante todo su período de vigencia, y tomará en consideración todas las formas de remuneración.

Al concertarse un acuerdo marco la entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso en donde se dará el nombre o los nombres de los proveedores o contratistas con los que se haya concertado el acuerdo marco, sus direcciones, así como el precio del contrato adjudicado. El expediente de la contratación deberá incorporar un resumen de las principales condiciones del acuerdo marco o una copia de todo acuerdo marco concertado por escrito.

La entidad adjudicadora podrá contratar con arreglo a un acuerdo marco si prevé que:

- El contrato adjudicable resultará necesario con una

frecuencia indeterminable o reiterada durante cierto período de tiempo.

- Debido a su naturaleza, el contrato adjudicable puede resultar urgentemente necesario durante cierto período de tiempo.

La entidad adjudicadora consignará en el expediente una declaración de las razones o circunstancias en que se basó para recurrir a la contratación con arreglo a un acuerdo marco, y para seleccionar un determinado tipo de acuerdo marco.

Para la segunda etapa de adjudicación del contrato con arreglo a un acuerdo marco, no se adjudicará contrato alguno a un proveedor o contratista que no sea parte de ese acuerdo.

Durante la vigencia de un acuerdo marco no estará permitido enmendar la descripción del objeto de la contratación. Solo podrán introducirse cambios en las demás condiciones de la contratación con inclusión de los criterios y el procedimiento para la adjudicación del contrato previsto, en la medida en que lo permita expresamente el acuerdo marco.

Otras etapas:

Precalificación (Arts. 2, f; 18)	Su finalidad es determinar, antes de la convocatoria, los proveedores o contratistas que estén calificados. Únicamente los proveedores o contratistas precalificados podrán seguir participando en el proceso
---------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	de contratación.
Preselección (Arts. 2, h; 49, 3)	Su finalidad es determinar, antes de la convocatoria, un número limitado de proveedores o contratistas que sean los que mejor cumplan los criterios de calificación para la contratación pertinente. Se señalará un número máximo de proveedores o contratistas preseleccionados a quienes se solicitará propuestas. Al determinar ese límite la entidad adjudicadora tendrá en cuenta la necesidad de garantizar una verdadera competencia. El mínimo de concursantes preseleccionados será tres.
Convocatoria directa (Art. 2, b)	Es toda convocatoria que vaya directamente dirigida a uno solo o a un número restringido de proveedores o contratistas.

Tabla 23. Procedimientos de la Ley Modelo CNUDMI.
Fuente: Ley Modelo CNUDMI.
Elaboración: propia.

ANEXO 06

Orientación a objetivos de la LOSNCP.

	AGILIDAD	CONCURRENCIA	TRANSACCIONALIDAD
	A: alta	A: abierta	EN EL PORTAL
	M: media	S: selectiva ⁴²¹	T: transaccional
	B: baja	R: restringida ⁴²²	P: únicamente
		D: directa	publicación
Compra por catálogo	A	A - R ⁴²³	T
Subasta inversa	A	A	T
Contratación directa	A	D	T
Lista corta	M	S	T
Concurso público	M	A	T
Ínfima cuantía	A	D	P ⁴²⁴
Menor	A	R	T

⁴²¹ Se entiende por selectiva aquella participación limitada a pocos proveedores, pero sin requerir características específicas para su participación.

⁴²² Se entiende por restringida aquella participación en que se requiere características especiales, como tamaño o localidad.

⁴²³ Será restringida cuando se aplique la modalidad de feria inclusiva para incorporar productos y servicios de MIPYME y actores EPS, de acuerdo al Art. 16 numeral 5 del RGLOSNCP, reformado por Decreto Ejecutivo 841, RO 512, 15 de agosto de 2011.

⁴²⁴ A partir de mayo del 2011 entró en vigencia la herramienta de publicación de ínfima cuantía, lo que permitirá contar con información específica de este procedimiento, diferenciándola de los otros que solamente se publican.

cuantía bienes y servicios			
Menor cuantía obras	A	R	T
Cotización	M	R	T
Licitación	M	A	T
Feria inclusiva	M	R	P

Tabla 24. Orientación a objetivos de la LOSNCP.

Fuente: LOSNCP.

Elaboración: propia.

ANEXO 07

Definición del origen de bienes y servicios de Ministerio de Industrias.

ANEXO 08

Informe de casos con indicios de incorrecciones.

ANEXO 09

Mecanismos de apoyo a las MIPYME.

TIPO EN LA NORMA ECUATORIANA ⁴²⁵	TIPO EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL ⁴²⁶	OBSERVACIÓN
Márgenes de preferencia sobre ofertas de otros proveedores.	Preferencia en el precio	Dado que el Art. 288 de la CRE y las reformas de la LORLOSNCNP establecen que en todo procedimiento debe existir preferencia para MIPYMES y actores EPS, se han implementado ese tipo de márgenes en todo proceso que no tenga otra forma de priorización. Este margen es acumulativo y adicional al margen correspondiente a oferta nacional, aunque está

⁴²⁵ Art. 16 RGLOSNCNP.

⁴²⁶ Informe José Saavedra, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo No. 1, 2010, p. 16, en <http://ricg.info:8080/Plone/novedades-es/publicacion-del-primer-documento-ttg-sobre-reformas-en-los-mecanismos-de-compras-publicas-y-las-mipymes>.

				vinculado a él (no procedería darse preferencia a una MIPYME que únicamente comercialice productos sin origen nacional).
Art. 52	LOSNC	Cotización, menor	Para contrataciones bajo	
reformado por la	cuantía,	ínfima	procedimientos de menor	
LORLOSNC.	cuantía.-		cuantía y cotización, la	
Contratación Preferente.-	Reserva	de	prioridad la tienen los	
En las contrataciones de	Mercado.-		proveedores MIPE (también	
bienes y servicios que se	Umbrales.		actores EPS) de los	
adquieren por			cantones donde se	
procedimientos de			destinarán los bienes o	
cotización y menor			servicios, o se construirán	
cuantía, excepto los			las obras. Solo cuando no	
servicios de consultoría,			exista este tipo de	
se privilegiará la			proveedores en el cantón,	
contratación con micro y			se buscará en otros	
pequeñas empresas,			territorios mayores (a nivel	
artesanos o profesionales,			provincial o nacional) o con	
y sectores de la economía			otro tipo de proveedores.	
popular y solidaria, de			Tiene que ver con el	
manera individual o			mecanismo de reserva de	
asociativa,			mercado porque únicamente	

preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen. Para la contratación de obra que se selecciona por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas, o sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en la

se admiten MYPE en este tipo de procedimientos, en su primera instancia. Aunque el informe señala que los umbrales son aplicables únicamente en caso de tratados internacionales, creemos que en este caso también opera el concepto, pues solo se materializa en este tipo de contrataciones, bajo cuantías determinadas.

circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.

Ferias inclusivas. Art. 6 No. 13 LOSNCP. Evento realizado al que acuden	Feria inclusiva.- Reserva Mercado.-	Este mecanismo particular de del Ecuador implica que un mismo objeto contractual
-------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------

<p>las Contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento.</p>	<p>Entidades Licitación exclusiva.-</p>	<p>puede ser adjudicado a varios proveedores, siempre que sean MIPYMES o actores EPS. En estos procesos no se admiten otro tipo de proveedores. En ese sentido, se asimila a la modalidad de reserva de mercado. Pero además se cataloga como una licitación exclusiva por cuanto solo son llamados los proveedores antes</p>
<p>Art. 59-1 introducido por la LORLOSNC.- FERIA Inclusiva.- La FERIA Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no</p>	<p></p>	<p>indicados, quienes deben ser necesariamente productores, no comercializadores.</p>

catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

Subcontratación preferente	Subcontratación	Modalidad introducida por la LORLOSNC.P.
----------------------------	-----------------	------------------------------------------

Preferencia en el precio. Posibilidad de que las MIPYMES mejoren su propuesta para que puedan igualar o superar la oferta de otros proveedores, luego de la

El informe destaca la aplicación de esta modalidad en el caso de Paraguay, aunque también se aplica en Brasil.

evaluación de ofertas.	
Desarrollo de proveedores	Esta modalidad se orienta a generar capacidades en los proveedores, anticipándoles las características de los bienes o servicios que requiere el estado para que aquéllos ajusten sus estándares a las necesidades de la entidad contratante.

Tabla 25. Mecanismos de apoyo a las MIPYME.

Fuente: RGLOSNC, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYME”,.

Elaboración: propia.

ANEXO 10

Análisis de la situación actual de los problemas de la contratación pública.

Problemas de transparencia.

Problemática	Descripción
Entidades fuera del ámbito de la Ley.	Respecto a incorporar a todas las entidades públicas dentro del ámbito de aplicación de la ley, aunque este objetivo se ha cumplido formalmente al incluir desde el punto de vista subjetivo a todas las entidades que contratan con recurso público, subsisten situaciones que permiten a las empresas públicas y empresas privadas que administran recursos públicos realizar contrataciones fuera del ámbito del SNCP. Como se vio, los montos de estas fugas pueden llegar al rededor del cincuenta por ciento del presupuesto de contratación nacional.
Inexistencia de medios y sistemas de información para la contratación pública.	Este tema ha sido superado con la vigencia del SOCE. Es plausible avanzar, no obstante, en dos sentidos: posibilitar una transacción enteramente electrónica de la contratación pública (envío de

ofertas técnicas con firma electrónico, informatizar formatos de las actuaciones precontractuales) e incorporar otras etapas, a más de la precontractual (nos referimos a las etapas previa, de ejecución contractual y de evaluación).

No existe un sistema de seguimiento y evaluación de las adquisiciones. La integración del SOCE con otros sistemas debe potenciarse. Además, es tarea del SERCOP procesar las estadísticas de gestión con una orientación a cumplimiento de objetivos.

Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas y falta de claridad en sus límites. De acuerdo a los análisis realizados⁴²⁷ todavía se identifica una gran cantidad de procedimientos con métodos de selección no abiertos, sino restringidos, selectivos o directos. No obstante, es rescatable que entre los procedimientos de método abierto: licitación (incluida la licitación para contratación de seguros), concurso público de consultoría y subasta inversa electrónica, se ejecutan la mayoría de los montos de régimen común⁴²⁸.

Gran cantidad de excepciones. A decir verdad, las excepciones no son

⁴²⁷ Ver numeral 3.3.4.4. supra.

⁴²⁸ 66.25% de los montos adjudicados para el año 2011.

muchas bajo la actual normativa como se señaló en el numeral 3.3.1. supra, aunque adolecen de serias deficiencias en cuando a su configuración jurídica. No obstante, si hemos de referirnos a los regímenes especiales, el sistema de contratación público ecuatoriano presenta serios síntomas de escape de la normativa general, lo que significa, en montos de contratación, entre el 40 y 50 % de los volúmenes totales.

Exceso de libertad en contrataciones de emergencia vía excepciones al procedimiento general. Creemos que la legislación ha hecho un esfuerzo por precisar lo que se debe considerar como situación de emergencia, no obstante apreciamos muchos abusos de parte de algunas entidades en calificar como emergencia contrataciones que no están contempladas en los supuestos de los Arts. 6 No. 31 y 57 de la LOSNCP.

Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas relativas a sus licitaciones. La LOSNCP aporta con las exigencias de planificación y de publicación del PAC para que estos procesos no sean improvisados ni desconocidos.

Falta de estudios previos o deficiente calidad o sesgo Actualmente, la LOSNCP exige que toda contratación cuente con estudios

cuando se realizan.

completos, actualizados y definitivos. No obstante, es necesario mejorar las capacidades y conocimientos de los funcionarios públicos para conseguir que estos estudios sean suficientes y orientados a la satisfacción de las necesidades públicas.

Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.

En el actual tejido normativo de la contratación pública (que incluye ley, reglamento y resoluciones del SERCOP) se han previsto plazos mínimos para presentar ofertas, por tipos de procedimiento. Además, la tecnología posibilita que estos plazos mínimos se cumplan al incluirlos en las herramientas correspondientes.

Falta de garantías al derecho de contradicción.

Las vías administrativas y judiciales existentes no garantizan adecuadamente el derecho a la impugnación, y además no presentan posibilidades de solución expedita. Este panorama no ha cambiado lamentablemente pues la nueva ley prefirió mantener el esquema de presentación del reclamo ante el propio órgano administrativo (falta de

imparcialidad), aunque últimamente, la LORLOSNCP estableció la posibilidad de suspensión del procedimiento⁴²⁹.

Discrecionalidad en criterios de selección de contratistas. La ley establece criterios de mejor costo para bienes y servicios normalizados (mejor precio) así como para obras y bienes y servicios no normalizados (mejores condiciones presentes y futuras). También señala el criterio calidad y costo para adjudicar consultoría. No obstante, es necesario especializar estos criterios en aquellos casos en que se deben evaluar aspectos técnicos y de calidad de las ofertas. Los modelos obligatorios de pliegos son un instrumento ideal para alcanzar ese objetivo, dado que actualmente todavía subsisten problemas de esta índole.

Procesos de decisión en licitaciones que asignan “puntuación” a la calidad de lo ofertado. Este factor apunta a la posibilidad de uso discrecional de puntajes y valoraciones a determinadas características técnicas de una oferta, que al final van a primar sobre

⁴²⁹ En este caso podemos referirnos a otra evaluación internacional: “Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP-” de mayo de 2011, que utilizó la metodología OCDE-CAD. El resultado del Indicador 10: Eficiencia del mecanismo de apelaciones, presenta baja evaluación en promedio (uno sobre tres) precisamente por problemas de imparcialidad y eficacia de las decisiones. Ver <http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/informe%20de%20evaluacion.pdf> (revisado a noviembre 2012)

la parte económica, y que pueden favorecer a uno o pocos oferentes participantes. Como ya se indicó, este problema todavía subsiste en la práctica ecuatoriana. Las modernas corrientes apuntan a adoptar esquemas de evaluación de requisitos técnicos sin puntaje (método cumple/no cumple), para evitar valoraciones subjetivas.

Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de las empresas. El enfoque de requisitos de experiencia, solvencia económica y otros que atañen a condiciones subjetivas de los oferentes, y no a aspectos técnicos de la propuesta, no deberían ser calificados con puntaje, sino exigidos a manera de requisitos mínimos. Ello coadyuvará a decisiones más objetivas.

Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos, o empleo de determinados profesionales. En general estas valoraciones no son un problema de diseño legal, sino más bien de las prácticas o desempeño de las contrataciones públicas. Podríamos decir que se ha identificado los mismos problemas que en el anterior esquema de contratación, y para subsanarlos o reducirlos se requiere el concurso de

modelaciones especializadas de parte del SERCOP, capacitación a los funcionarios públicos y un mejor esquema de control.

Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas. En general este riesgo se ha reducido bajo el nuevo esquema, pues toda modificación a los pliegos se debe publicar en el portal www.compraspublicas.gob.ec, con el fin de que sean conocidas por todos los interesados.

Inexistencia de sanciones para los oferentes, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público. En materia de infracciones y sanciones, se siguen advirtiendo deficiencias luego de la reforma, conforme se analizó ampliamente en el numeral 2.3.2.6. supra. Es necesario incluir en la normativa algunas conductas que deben merecer sanciones administrativas, a fin de que con un procedimiento ágil y que garantice el debido proceso, se las puedan aplicar, sin que se requiera de exámenes o auditorías complejas y largas.

Falta de información sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública. En general, el SOCE brinda información suficiente sobre los procedimientos precontractuales, no obstante, será importante hacer lo mismo con la fase de ejecución contractual para proporcionar a

la ciudadanía y organismos de control toda la información de cómo se llevan adelante las contrataciones.

Exceso de libertad en interpretación de decisiones.

Sobre el tema de discrecionalidad, nos remitimos a lo señalado en 2.2.2.3. supra. Un aspecto que debería delimitarse de mejor manera en la ley es cómo calificar la causal de declaratoria de procedimiento desierto: inconveniencia para los intereses nacionales o institucionales, lo que no ha ocurrido ni aún con la reforma al Art. 33 efectuada por la LORLOSNC⁴³⁰.

Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.

Como ya se indicó, toda modificación a los pliegos y a la pro forma de contrato se debe publicar en el portal www.compraspublicas.gob.ec para conocimiento general. Si de modificaciones al contrato se trata, se debe estar a lo permitido por la ley⁴³¹. Por eso consideramos que en buena medida, estas circunstancias están controladas por la actual normativa.

Inexistencia de reglas

Aunque la LOSNCP prevé en el Art. 101

⁴³⁰ Art. 33 No. 4 LOSNCP.

⁴³¹ Art. 72 LOSNCP para enmendar errores y 85 a 91 de la misma ley para contratos complementarios.

referentes a los pagos debidos a los contratistas del estado. que se prohíbe la retención indebida de pagos, el SERCOP carece de eficacia a la hora de exigir el cumplimiento de esta regla.

Carencia de recursos para impugnaciones administrativas. Aunque los procedimientos para impugnaciones administrativas están definidos, se insiste en la necesidad de fortalecer un esquema que permita decisiones imparciales y eficaces.

Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas. Actualmente existen definiciones claras para la solución de diferencias en la etapa de ejecución contractual. Existe la vía contencioso administrativa y la vía arbitral, si las partes así lo han consentido, previa autorización de la Procuraduría General del Estado.

Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación. El acceso a la información ha sido uno de los mayores aportes del nuevo sistema para el ejercicio del control ciudadano. Como se indicó en 2.1.3.1. y 2.2.2.7. supra, existe normativa que sustenta la participación ciudadana, no obstante a nuestro juicio deben perfeccionarse las prácticas y despertar el interés ciudadano en el control directo de las contrataciones.

Problemas de eficiencia.

Problemática	Descripción
Ausencia de entidad central rectora de la contratación pública.	Esta carencia ha sido llenada con la creación del INCOP, hoy SERCOP. No obstante, es necesario reparar en algunas medidas para su fortalecimiento, según lo señalamos en 2.3. supra.
Separar roles en la contratación pública.	Actualmente existe un organismo rector (SERCOP), entes de control y entidades contratantes ejecutoras. El problema de definición de roles ha sido superado.
Lentitud en desarrollo del sistema electrónico de contrataciones.	Una de las principales ejecutorias del INCOP fue haber completado de forma eficiente y oportuna el sistema electrónico y transaccional de contrataciones públicas.
Débil planeamiento de las adquisiciones.	Si bien es cierto que actualmente se prevé una planificación de compras, inclusive con una herramienta específica (PAC) es necesario hacer evaluaciones periódicas sobre la calidad y veracidad de la planificación de compras.
Multiplicidad de reglas	La centralidad normativa ha sido uno de

imperando en el mismo mercado. los postulados de la reforma, y se la consigue en buena medida en los procedimientos de régimen común. Lamentablemente, esquemas de contratación especial de empresas públicas como giro del negocio o asociaciones y alianzas estratégicas, permiten actualmente que persistan espacios para dispersión normativa, lo que afecta a la transparencia y seguridad jurídica.

Baja capacidad institucional en las entidades contratantes. Se debe construir capacidad y fortalecer el recurso humano especializado de las entidades para fortalecer su nivel de gestión. Se sugiere establecer programas de profesionalización de la función de adquisiciones.

Enfoque de adquisiciones orientado hacia el control y no hacia el resultado y el impacto. Esta es una lamentable condición que todavía se advierte en el SNCP. Cuando el sistema se orienta al control, los agentes se ocupan más de las formalidades y trámites a cumplirse, que de obtener mejores resultados. Desde luego, también se requiere un cambio de la cultura con la que actúan los

organismos de control para que los funcionarios públicos no deban enfocarse primordialmente en la complacencia de los trámites, con sacrificio de la eficiencia.

Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio. Actualmente, bajo el principio de publicidad, todo procedimiento se debe publicar desde su arranque en el SOCE, de manera que se puede considerar superada esta deficiencia.

Ausencia de un registro único de contratistas. La vigencia del RUP permitió erradicar este problema del SNCP. Ver 3.1. supra.

Exigencia de garantías no razonables. La supresión de la garantía de seriedad de oferta y la claridad en las exigencias del esquema de garantías para anticipos y cumplimiento de obligaciones, es un avance del sistema en este sentido.

No hay estrategia para reducción de costos. La actual ley prevé mecanismos de agrupación de demanda como compras corporativas y el procedimiento de compra por catálogo luego del convenio marco. Estas modalidades sin duda influyen en una reducción de costos de transacción.

Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades. Aunque existe mucha data sobre adjudicaciones y precios, es necesario procesarlas y sistematizarlas para llegar a

un esquema de precios testigo (ver 1.2.2.3. supra). Sobre normas de calidad, es indispensable coordinar acciones con los organismos que integran el sistema de calidad para contar con reglamentos y normas técnicas que se orienten a calidad (ver 2.2.1.4. supra.)

<p>No existen documentos estándar de licitación.</p>	<p>Actualmente el sistema cuenta con documentos estándar emitidos por el organismo rector de la contratación pública.</p>
-------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Problemas sobre políticas de producción nacional.

Problemática	Descripción
<p>Carencia de objetivos de política de gobierno.</p>	<p>Actualmente, todo el tejido normativo constitucional, legal y reglamentario se orienta al cumplimiento de una serie de objetivos relacionados con políticas de desarrollo social y económico. No podemos sustraernos de aplicar criterios que privilegian la producción nacional o la participación de MIPYME y actores EPS.</p>
<p>Barreras a los licitantes extranjeros.</p>	<p>Esta es una larga discusión descrita en algunos pasajes de esta tesis (ver</p>

2.2.1.10., 2.2.2.4. y 3.4.1. para una mejor referencia). Lo que se puede decir desde las conclusiones es que para el actual esquema de contratación pública, luego de la LORLOSNC, las barreras a los licitantes extranjeros se han agudizado, lo que debería preocupar desde el punto de vista de la concurrencia, transparencia y eficiencia, principios que son afectados por la baja competencia.

Tabla 26. Análisis de la situación actual de los problemas de la contratación pública.
Fuente: Desarrollo de la tesis.
Elaboración: propia.