

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR
COMITÉ DE INVESTIGACIONES

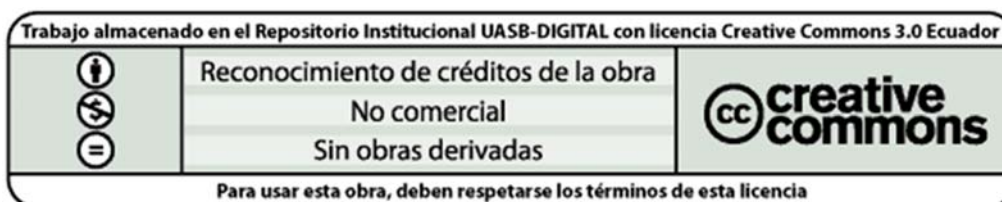
INFORME DE INVESTIGACIÓN
La corrupción en la contratación pública

INVESTIGADOR RESPONSABLE

Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito – Ecuador

2019



LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Juan Francisco Díaz¹

RESUMEN

La corrupción no es nueva ni en el Ecuador ni en el mundo, nace desde antes de Cristo y en todas las culturas existentes, permaneciendo junto a la administración desde las primeras formas precarias de gobierno conocidas.

Las afectaciones que la corrupción ha causado a las sociedades y al erario nacional son incuantificables, y en la misma proporción tenemos un sin número esfuerzos por combatir este mal que le ha acompañado como sombra al estado.

Es un fenómeno que se ha internacionalizado, se ha perfeccionado y ha logrado adaptarse a las distintas circunstancias, sin que importe el ecosistema en el que tiene que actuar, los niveles de gobierno, ni rango de los funcionarios, es un virus que ha ido mutando ante los diferentes medicamentos que buscan su extinción.

Este trabajo intenta abordar ese origen que tiene la corrupción, explica los nudos críticos de un procedimiento de contratación abordándolo de principio a fin y plantea ciertas herramientas que permiten combatir un germen que necesita del cuerpo estatal para mantenerse vivo, sin olvidar explicar lo peligroso que resulta esto para la economía y democracia de cualquier gobierno, concluyendo que hay que ir más allá de buscar simple transparencia en las actuaciones, para construir un conjunto de decisiones articuladas para poder hacerle frente.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, contratación pública, gasto público, procedimiento de contratación.

¹ Juan Francisco Díaz (Quito, 1985) es Abogado (2011) por la Universidad Central del Ecuador, obtuvo la Especialización Superior (2012) y es Magíster en Derecho Administrativo (2014) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E), doctorando por la Universidad de Valladolid (2017-2021). Se ha desempeñado como responsable de las áreas de Compras Públicas y Legal en varias Instituciones Públicas. Es abogado en libre ejercicio profesional y docente de la UASB-E en los programas de especialización y maestría de Derecho Administrativo y de la Contratación Pública. Ha aportado con varias publicaciones en materia de contratación pública, corrupción y gobierno abierto. jfranciscodiaz@hotmail.com

ABREVIATURAS

CGE	Contraloría general del estado
CPCCS	Consejo de participación ciudadana y control social
GRECO	Grupo de estados contra la corrupción europeo
LOSNCP	Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económico
PAC	Plan anual de contratación
PIB	Producto interno bruto
RGLOSNCP	Reglamento general a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública
SERCOP	Servicio nacional de contratación pública
SIE	Subasta inversa electrónica
TDRs	Términos de referencia
UE	Unión europea
UNCAC	Convención de las naciones unidas contra la corrupción

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. UNA APROXIMACIÓN A LA CORRUPCIÓN	2
3. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	4
4. LAS INSTANCIAS SENSIBLES DE CORRUPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN	8
4.1. Fase Preparatoria	9
4.2. Fase Precontractual	13
4.3. Fase Contractual.....	17
5. LAS ACTUACIONES CORRUPTAS MAS COMUNES EN LA COMPRA ADMINISTRATIVA.....	20
6. ACTUACIONES PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN.....	23
7. CONCLUSIONES.....	27
8. BIBLIOGRAFÍA	30
Fuentes Doctrinarias:.....	30
Fuentes Normativas:.....	31

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un elemento que ha formado parte de la contratación administrativa desde que esta última existe, separarlas quizás sea tan imperioso como apartar dos hermanos siameses al nacer y que requiere de una intervención quirúrgica tan delicada, pero a la vez tan necesaria, donde se avizoran muchos riesgos.

Es tan relacionada la corrupción con la contratación pública, por cuanto es el espacio donde las entidades públicas realizan su requerimiento con el fin de satisfacer necesidades, empero, al final del día, termina siendo una erogación de recursos, un pago por la contraprestación prestada, por lo que, los contratistas buscan fastuosamente contratos y de preferencia aquellos de presupuestos holgados.

Se ha tratado de establecer varios antídotos para luchar contra este mal de la administración pública denominado corrupción y la antítesis termina siendo la transparencia, un elemento que atrae, que suena muy bien, pero que el momento de llevarlo a la práctica no termina siendo tan fácil de implementarlo en su integralidad, ni otorgando los resultados anhelados por el mismo sistema burocrático complejo que ha montado el estado.

Siempre será adecuado para la administración pública dedicarle esfuerzos para implementar acciones que beneficien a la adecuada utilización de los recursos públicos, mismos que no deben servir para otra circunstancia que satisfacer necesidades de los ciudadanos.

Esta forma atípica de lograr adjudicaciones, entregando dadivas para conseguir ventajas dentro de una licitación o utilizando medidas poco ortodoxas, son el elemento primordial que motiva realizar una investigación en torno a este problema, a la que se suman las ingentes denuncias de corrupción que hemos podido evidenciar estos último años en el Ecuador, contra funcionarios y ex funcionarios de gobierno -de todo nivel-, incluso aquellos que han ocupado cargos de eminente relevancia, y explicando que por el momento en el que nos encontramos, donde los casos no han concluido su análisis y la gran mayoría no han sido juzgados, será imposible abordarlos en específico, ya que podríamos incurrir en imprecisiones.

Resulta por demás necesario abordar la corrupción dentro de la contratación pública, dejando por sentado que, si bien existe doctrina internacional, localmente poco se ha estudiado al respecto por lo que hemos tenido que regresar nuestra vista al derecho comunitario europeo y lo que España ha avanzado en estos aspectos para otorgar a los interesados, herramientas para hacer frente a la corrupción.

2. UNA APROXIMACIÓN A LA CORRUPCIÓN

Para poder tener una idea clara de lo que es la corrupción debemos recurrir a la construcción de la palabra misma; la real academia española define a la corrupción de la siguiente manera: *En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.*²

Corrupción viene del latín *corruptio* que es la acción y efecto de destruir o alterar globalmente por putrefacción, se la entiende también como la acción de dañar, sobornar o pervertir a alguien, nace de dos raíces latinas *con* o *cor* que significa: junto y *rumpere* que es: quebrar o hacer pedazos.

Corruptio optimi, pessima es una frase acreditada a Cicerón y significa: *la corrupción de lo mejor, es lo peor*; aspecto que primero trata de demostrar lo antiguas que resultan estas actividades desarrolladas al margen de la ley y por otro lado evidenciar también que la corrupción es lo mejor de lo peor, desde la perspectiva que se la mire.

Ya lo dijo Nieto García muchos años atrás, la corrupción es *una especie de pandemia perenne que acompaña al poder como sombra al cuerpo*³; las acciones de gobierno queramos o no esta administrada por ciudadanos que por medio de elección -en gobiernos de corte democrático- llegaron a puestos públicos para poder ejercer el poder y estos a su vez colocan en los cargos de libre nombramiento y remoción -o de confianza-, funcionarios que instrumentalizan dicho poder de la administración que por la naturaleza propia de las personas pueden corromperse en la ejecución de sus funciones.

La Convención de las Naciones Unidas, así como los instrumentos jurídicos de lucha contra la corrupción del Consejo de Europa, la definen a la corrupción como el: *abuso de poder para obtener réditos privados*⁴; y la consecuencia de ello *supone un perjuicio grave para la economía y la sociedad en su conjunto (...) es un fenómeno complejo, con una dimensión económica, social, política y cultural, que no puede erradicarse fácilmente. Una respuesta política eficaz no puede consistir en una serie de medidas estereotipadas*⁵, ya que los problemas surgen producto del ejercicio propio de la administración pública, sería un tanto

² Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, vigesimotercera, revisado 13 de enero de 2019, <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>

³ Alejandro Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, (Barcelona: Ariel, 1997) p. 7

⁴ Comisión Europea, *Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción*, revisado 7 de enero de 2018, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf p. 2

⁵ Ibidem.

complicado e ingenuo pensar que las correcciones a estos padecimientos podrían engendrarse del mismo espacio donde se los concibe.

Podemos evidenciar la aplicación del convenio de las naciones unidas contra la corrupción, de la cual el Ecuador forma parte, siendo el primer considerando en el decreto ejecutivo ⁶ suscrito por el presidente Moreno, cuando procede a crear la secretaría anticorrupción, recordando que nuestra constitución claramente señala que uno de los deberes primordiales del estado es garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción⁷, siendo este también un deber de los ciudadanos denunciarlo⁸ si no se cumple este primero.

Complementado con lo que los organismos internacionales han abarcado en torno al estudio objeto de esta investigación y particularmente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, hace ya 20 años en los comentarios formulados en la conferencia negociadora de la convención del 1997, define al producto de la corrupción como: *los beneficios u otras ventajas que el corruptor obtenga de la transacción o cualquier otro beneficio irregular que se haya obtenido o conservado por medio del acto de corrupción*⁹.

Existen variados esfuerzos por parte de las organizaciones internacionales para erradicar este tipo de actuaciones, como los realizados por la UNCAC¹⁰ o las creadas por el GRECO¹¹, adicionalmente a los señalados en líneas anteriores los cuales han creado importantes documentos con aportes a lucha contra la corrupción, los cuales han sido revisados para poder emplearlos en los acápite siguientes.

A manera de sinopsis, la corrupción tiene un concepto de acción amplio, que ha llegado hasta estamentos desconocidos por ser esa la forma de actuar, en silencio y a la luz de las sombras que pueden verse reflejadas en innumerables casos desde inicios de la historia, donde se corrompe al sistema en beneficio de unos pocos. El estudio en general de la corrupción demandaría muchas más páginas, por lo que vamos a proceder a centrarnos en lo que es la corrupción dentro de la compra pública.

⁶ EC. 2017. Decreto ejecutivo 665. Registro Oficial 440, Suplemento, 6 de febrero 2019

⁷ EC. 2008. Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 3 numeral 8

⁸ Ibidem, artículo 83 numeral 8 y artículo 204

⁹ Carlos Aymerich Cano, *Un problema pendiente: La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, (Pamplona: Aranzadi: 2015) p. 28

¹⁰ United nations convention against corruption que en su traducción es la Convención de las naciones unidas contra la corrupción, desarrollada en Nueva York en el 2004, revisado el 15 de enero de 2019 https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf

¹¹ Es el Group of states against corruption, que en español es el Grupo de estados contra la corrupción creado en el Consejo europeo.

3. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La corrupción es un cáncer que ya llegó a afectar a todos los estamentos de la administración pública, sin que quede exento el sector privado; una de las relaciones entre estos dos nace por medio de los contratos administrativos, en donde siempre antecede un procedimiento de contratación pública.

Solo en el 2018, 7.000,6 millones de dólares se llegaron a transaccionar por la vía de la contratación pública ecuatoriana, esto equivale al 6.4 % del PIB y el 20.1% del presupuesto general del estado¹², convirtiendo a la contratación pública en el primer elemento sujeto a ser empañado por temas de corrupción, al ser el medio para la erogación de recursos, no siendo la única, pero si la principal.

El índice de percepción de la corrupción del año 2018 realizado por la organización Transparencia Internacional, ubica al Ecuador con 34 puntos en el puesto 114 de 180, solo por delante de Venezuela (168), Haití (161), Nicaragua (152), Guatemala (144), , México (138), Paraguay (132), Bolivia (132) y Honduras (132) que se integran al análisis por ser parte de la región; haciendo notar que el primero en el escalafón es Dinamarca con 88 puntos¹³.

Estos primeros datos, nos dan una idea de lo relevante que son los recursos del estado empleados por vía de los contratos administrativos, derivados de un procedimiento de contratación y también nos permite situarnos en comparación con el resto del mundo, lamentablemente la CGE no otorga información estadística que permita establecer cuantos de los exámenes especiales son a los procedimientos de contratación pública, sabiendo que es la porción más importante.

Lo que se pretende con aquello, es demostrar la afectación que puede y está causando la corrupción en la compra pública, ya que es dinero que sale de las arcas fiscales los que son empleados para beneficiar a particulares producto de actividades inusuales, algunas incluso cumpliendo con el ordenamiento legal, pero que en el trasfondo termina utilizándose para beneficios ajenos a la administración pública, posponiendo las necesidades generales que son por naturaleza insaciables.

El presidente del Ecuador Lenin Moreno, presentó en cadena de televisión y por su cuenta de twitter el 4 de enero de 2019, sendas denuncias contra el gobierno del expresidente

¹² Sercop, «Rendición de cuentas 2018», última revisión 20 de abril de 2018,

https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2019/03/Informe_Rendicion_Cuentas_2018_y_aportes-ciudadanos.pdf

¹³ Transparencia Internacional, «Corruption Perceptions Index 2018», revisado 20 de abril de 2019, <https://www.transparency.org/cpi2018>

Rafael Correa (2007-2017) por supuestos sobrepagos por al menos 2.450 millones de dólares en el área petrolera, tras auditorías con el apoyo de la ONU. Indiciando adicionalmente que, *una comisión cívica estimó que, en la década de la gestión de Correa, los hechos de corrupción alcanzaron unos 24.742 millones de dólares*¹⁴; datos que deberían preocuparnos, no solo por cómo se puede mirar al Ecuador desde la esfera internacional, también por la afectación que resulta esa cantidad en el presupuesto nacional.

Como lo manifiesta José Manuel Martínez: *existen otros factores externos a la contratación pública y de efecto más general, (que) integran un panorama que favorece la corrupción pública en nuestro país (España), un contexto político muy degradado, que se constata con los constantes casos de corrupción que llevan décadas asolando la gestión pública, y un contexto social excesivamente permisivo con la corrupción.*¹⁵

Si uno coteja los dos últimos párrafos precedentes, en torno a los destapados casos de corrupción que están y siguen siendo investigados, entiende que el fenómeno de la corrupción ha traspasado fronteras y encontramos casos análogos en distintas latitudes, en naciones de diferentes escalafones, en otros tipos de gobiernos y épocas disímiles, sin embargo, al final es la misma práctica con diferentes matices y no siempre con extraordinaria sofisticación.

Para combatir a la corrupción, definitivamente primero hay que entenderla, empero, y a manera de definirla, la corrupción es una práctica que puede nacer en el sector público o en el privado, con distintos intereses, pero que en común lo que se pretende es el mayor beneficio económico particular con el menor esfuerzo, producto de alguna ventaja que se pueda alcanzar, cuando dos o más se ponen de acuerdo para beneficios ajenos a la administración, aprovechándose de su posición y discrecionalidad, que permite confundir la satisfacción del interés común con la adquisición de bienes, obras o servicios, a proveedores y funcionarios que beneficiarían a particulares, producto de llevar a efecto una transacción por medio de un procedimiento de contratación pública.

El hecho de que el corruptor, ofrezca beneficios adicionales a la remuneración de un funcionario público -o que este las exija-, porque desde su punto de vista no le permite cumplir con sus obligaciones por la situación económica que vive el País, donde incluso sus ingresos

¹⁴ Diario el Heraldo, «Ecuador denuncia al gobierno de Correa por multimillonarios sobrepagos», 5 de enero de 2019: <https://www.elheraldo.co/mundo/en-video-ecuador-denuncia-al-gobierno-de-correa-por-multimillonarios-sobrepagos-584667>

¹⁵ José Manuel Martínez, «Corrupción en la contratación pública», *Corrosión del Estado de Derecho*, (Pamplona: Aranzadi, 2017) p. 437

han llegado a ser mermados¹⁶, es una puerta abierta para que se pueda utilizar esta necesidad personal y la del proveedor para asegurar adjudicaciones, al existir menos recursos en el presupuesto general del estado, por defecto menos dinero para la compra pública, a las que se suman las restricciones de adquisiciones constantes en las medidas austeridad¹⁷.

El desempleo¹⁸ definitivamente puede ser otro factor que puede incentivar a cometer actos de corrupción dentro de la compra pública, concepto que se lo puede vincular al deseo de acelerar el incremento patrimonial, personal o familiar, directamente o través de terceros y así asegurar una estabilidad para los años venideros y de las futuras generaciones en un tiempo más corto, comparado con el que tendría que pasar en caso de mantener una remuneración mensual invariable y si se mantuviese en la plaza laboral, tomando en cuenta la rotación frecuente de personal que existen en el sector público, sobre todo en los cargos de libre nombramiento, desconociendo o no las consecuencias que conlleva cometer actos corruptos; adicionalmente y no pudiendo desconocer el factor de la migración que ha complicado aún más la desocupación en el País¹⁹.

El fenómeno de la corrupción, y en concreto, la corrupción vinculada al ámbito de la contratación va más allá (...). Su nivel de ilicitud radica en una lesividad mucho mayor que la clásica afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así la corrupción en el momento presente atenta contra las bases del Estado democrático, vulnera el principio de igualdad constitucional y puede lesionar el orden socioeconómico cuando su magnitud es tal, que altera la libre competencia en el mercado.²⁰

Al culturizarse la corrupción acreditándole cierta legitimidad que permite disimular su afectación dentro de la erogación de recursos públicos, volviéndola parte de los procedimientos administrativos estamos destruyendo la institucionalidad, apreciándola dentro del paisaje de la contratación pública como un ente más, donde logra mimetizarse en torno a su día a día; si esto ocurre, estaríamos comenzando a perder la batalla ya que una práctica atípica la comenzaríamos a mirar como una pieza más del engranaje y eso podría ser devastador,

¹⁶ EC. 2019. *Optimización de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior y empresas públicas*. Registro Oficial 404, Suplemento, 11 de enero de 2019. Decreto ejecutivo No. 624.

¹⁷ EC. 2017. *Normas de optimización y austeridad del gasto público*. Registro Oficial 76, Suplemento, 11 de septiembre de 2017. Decreto ejecutivo No. 135

¹⁸ Según el Instituto de estadísticas y censos a diciembre de 2018, llegaron a determinar que la tasa de empleo adecuado fue de 40,6% y un desempleo del 3,7%, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-diciembre-2018/>

¹⁹ Diario el Comercio, «Emergencia migratoria por venezolanos se amplía hasta el 31 de enero de 2019», 30 de diciembre de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/emergencia-migratoria-venezolanos-amplia-cancilleria.html>, *Al Ecuador, en los últimos cuatro años han ingresado 1 336 543 venezolanos, de los cuales alrededor de 250 000 permanecen en territorio nacional.*

²⁰ Abraham Castro Moreno, Pilar Otero Gonzalez, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, (Madrid: Dykinson, 2016) p. 10

significaría entonces que la corrupción es parte del sistema y desarraigar algo que esta enquistado en los órganos vitales, puede provocar afectaciones colaterales importantes.

Por todo esto, es necesario entender que la contratación gubernamental es una de las víctimas más asediadas por la corrupción y así lo demuestra el foro económico mundial quien afirma que: *el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE es más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, la fiscalidad, el poder judicial y la captura estatal*²¹

Cuando la contratación administrativa es afectada por la corrupción a vista y paciencia de todos, se destruye el mercado y la libre competencia, el mensaje que se transmite es la inexistente confianza en la administración pública, el rechazo a participar en procedimientos concursales, la misiva intrínseca de que el proveedor tendrá -sin más remedio- que acordar cierto encargo para tener aspiraciones de hacerse de un contrato, provocando el encarecimiento de las adquisiciones por un lado y la afectación que esto ya de por si causa ante la ciudadanía, respecto al cumplimiento de las normas.

En mayo de 2010 el parlamento europeo²², llegó a determinar que: *el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude, corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea*²³, estas predeterminaciones son las que más adelante dan origen a las directivas europeas²⁴, referentes a reformas en la contratación pública y provocan que España se reforme su ley de contratos del sector público²⁵ determinando en la exposición de motivos que:

[...] dentro del Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación [...], se hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo [...].²⁶

²¹ José Manuel Martínez, «Corrupción en la contratación pública» p. 435

²² Tomamos análisis realizados por organismo internacionales, en razón de que el Ecuador no tiene estudios anteriores en torno a la corrupción que nos permita obtener datos e información local.

²³ José María Gimeno Feliu, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, (Madrid: Dykinson, 2016) p. 15

²⁴ ES. 2014. *Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*. Diario Oficial de la Unión Europea L94, 26 de febrero de 2014.

²⁵ ES. 2017. *Ley de contratos del sector público*. Boletín oficial del estado español No. 272, 8 de noviembre de 2017

²⁶ ES. 2017. *Ley de contratos del sector público*

Por esto, podemos avistar una conclusión anticipada, y es que la corrupción no se da únicamente en épocas de bonanza, en funcionarios de alto rango o en contratistas considerados grandes, termina siendo indistinto; el ecosistema deja de ser importante para esta *enfermedad* porque se adapta relativamente sin inconvenientes y los motivos para quienes están inmersos - por desconocimiento o no- han sobrado, independiente de los efectos que puedan causarles a posteriori.

Si ya avizoramos que la contratación pública es un acápite expuesto de manera directa a los efectos de la corrupción, tenemos que analizar a continuación su procedimiento.

4. LAS INSTANCIAS SENSIBLES DE CORRUPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Para poder identificar las instancias sensibles de corrupción dentro de un procedimiento de contratación pública, es necesario, analizar cada de una de ellas.

A manera de ser ilustrativos el siguiente esquema refleja las 3 fases *per se*, de un procedimiento *tipo* de contratación y cada una de sus etapas de principio a fin, el cual podrá tener sus variaciones dependiendo de la especificidad en las reglas de determinado objeto de contratación.

Etapas de un procedimiento de contratación pública

PREPARATORIA	PRECONTRACTUAL	CONTRACTUAL
Informe de Necesidad	Resolución de Inicio Convocatoria	Entrega de Garantías
Estudios técnicos, estudios de Mercado	Conformación de la Comisión Técnica o delegados	Suscripción Contrato
Términos de referencia o especificaciones técnicas	Preguntas, respuestas y/o aclaraciones	Administración de Contratos
Certificación de fondos	Presentación ofertas	Complementos a los contratos
Certificaciones de PAC y Catálogo electrónico	Convalidación de errores de forma	Acta entrega recepción definitiva
Pliegos	Calificación de ofertas	
	Adjudicación o declaratoria de desierto	

Le legislación ecuatoriana contemplan a estas 3 fases dentro de un procedimiento de contratación, la doctrina española señala que: *La contratación pública queda sujeta a la observancia de distintos trámites procedimentales. La celebración del contrato está precedida, en efecto, de un conjunto de actuaciones previas que quedan agrupadas en dos fases claramente diferenciadas. La primera se denomina preparación del contrato y la segunda selección del contratista, que concluye con la adjudicación del contrato*²⁷.

4.1. Fase Preparatoria

La fase preparatoria nace cuando surge la necesidad de la administración pública por hacerse de bienes obras o servicios -incluidos los de consultoría-, para a través de ellos cumplir con los fines de su razón de ser, la motivación hacia determinar el adecuado objeto de contratación corresponde realizarlo a las áreas requirentes.

²⁷ Germán Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo*, T. II 3ra ed., 6 (Pamplona: Civitas, 2016)

La Constitución ecuatoriana, determina que toda actuación de la administración pública debe ser motivada²⁸, y ese informe de requisición -que cambia de nombre dependiendo la entidad- es el principal insumo para dar cumplimiento a este mandato, entendiéndose motivación a la *manifestación expresa de las razones que se han determinado en la administración pública para dictar el acto de que se trate*²⁹.

La lista de objetos contratos por los sujetos del sector público es tan amplia que llenaría páginas enteras con solo su enumeración; pero la elemental ejemplificación ofrecida es suficiente para poder afirmar sin temor al error que el sector público es el mayor empresario demandante del país y que las cantidades de millones de dinero público contratados por él, son difíciles de calcular, tanto por su cuantía por sus opacidades escondidas en los vericuetos de las empresas y sociedades filiales de las administraciones matrices³⁰

Es aquí donde comienza la susceptibilidad ante la corrupción, ya que desde el momento en que se genera la misma, esta debe estar atada a la preparación de los estudios técnicos³¹.

La discrecionalidad que existe en los funcionarios -independiente de su rango- dentro de la administración pública, puede provocar que los estudios sean susceptibles de direccionamiento hacia alguien en específico, fundamentando sus decisiones en aspectos meramente técnicos, difíciles de rebatir desde la óptica jurídica.

La discrecionalidad es necesaria para ejecutar las acciones de la administración pública, en las condiciones consagradas en la ley, por ello Marienhoof insiste que, *en ejercicio de la actividad discrecional, la Administración actúa con mayor libertad, su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir*.³²

Por otra parte, Cassagne establece que *la discrecionalidad no implica un arbitrio ilimitado ni absoluto. Antes bien se encuentra circunscrita tanto por los límites sustanciales y formales del ordenamiento positivo, tales como las reglas que prescriben la competencia de los órganos o entes y, fundamentalmente, por los principios generales del derecho*³³

²⁸ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador.*, artículo 76, numeral 7 letra l): 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.

²⁹ Antonio Martínez Marín, *Estudio sistemático del derecho administrativo*, (Pamplona: Aranzadi: 2018). p. 712

³⁰ *Ibid.*, p. 781

³¹ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, artículo 23: Estudios. - Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

³² Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, T II, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993) p. 416

³³ Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del derecho público*, (Madrid: Editorial Reus, 2016). P. 111

La discrecionalidad entendida como esa facultad que mantiene la administración pública para poder decidir, atada a esa naturaleza humana de que no todo puede ser automático, es la que permite apuntar al cumplimiento de los fines que buscan los contratos administrativos o también permite tergiversarlos hacia lúgubres intereses particulares convirtiéndola en arbitrariedad.

Con el fin de continuar el paso a paso de un procedimiento de contratación, el estudio técnico es traspuesto a las especificaciones técnicas o términos de referencias³⁴, en donde más adelante se podrá evidenciar o no la concurrencia de ofertas existente, ante condiciones definidas por y en nombre de la administración.

Complementario a ello está el estudio de mercado³⁵ que arrojará el presupuesto referencial, es decir la fijación de lo que se va a pagar por la compra, que es otro elemento expuesto a corrupción, por la manipulación a la cual puede estar sujeta, donde existe el riesgo de pagar más por algo que cuesta menos y pueda diferir del costo de mercado, apoyado en especificidades expuestas en el párrafo precedente, en desmedro de los recursos públicos³⁶

*El valor económico se mantiene como el criterio esencial para diferenciar, en función de la superación de ciertas cuantías o umbrales (...), los contratos sujetos a regulación armonizada de aquellos otros que no lo están (...)*³⁷, lo que nos da la pauta que se podría proliferar al ajuste de los presupuesto referenciales, dentro de aquellos rangos donde la legislación permite contrataciones directas, dentro de las cuales se pueden contar con márgenes de discrecionalidad más amplios como por ejemplo, seleccionar de manera anticipada al proveedor y futuro ganador del contrato.

³⁴ EC. 2016. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072. Servicio Nacional de Contratación Pública, 31 de agosto de 2016, artículo 107, Se entenderá como "especificación técnica" a las características fundamentales que deberán cumplir los bienes o rubros requeridos, mientras que los "términos de referencia" constituirán las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará la consultoría o se prestarán los servicios. Claramente existe una diferenciación de como emplearla que es importante diferenciarla para su adecuada aplicación.

³⁵ Ibid., artículo 9 #2 (...) Estudio de mercado para la definición de presupuesto referencial, que deberá contener las siguientes consideraciones mínimas: 1. Análisis del bien o servicio a ser adquirido: características técnicas, el origen (nacional, importado o ambos), facilidad de adquisición en el mercado, número de oferentes, riesgo cambiario en caso de que el precio no esté expresado en dólares; 2. Considerar los montos de adjudicaciones similares realizadas en años pasados; 3. Tomar en cuenta la variación de precios locales e/o importados, según corresponda. De ser necesario traer los montos a valores presentes, considerando la inflación (nacional e/o internacional); es decir, realizar el análisis a precios actuales; 4. Considerar la posibilidad de la existencia de productos o servicios sustitutos más eficientes; y, 5. Proformas de proveedores de las obras, bienes o servicios a contratar.

³⁶ Juan Francisco Díaz «*El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas*», Revista Foro UASB No. 25, 2016. Última revisión 16 de enero de 2019 <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/463>

³⁷ Alfonso Peña Ochoa, «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017», *Estudio Sistemático de la ley de contratos del sector público*, (Pamplona: Aranzadi, 2018) p. 931

Esta etapa en donde se llega a determinar el presupuesto referencial puede llegar a ser la instancia para engrosar valores a pretexto de excentricidades técnicas, para cumplir con compromisos pre adquiridos en pactos tácitos entre funcionarios y proveedores.

Ya en el tema formal y para dar cumplimiento a lo determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP y su reglamento RGLOSNCP, de manera previa se debe obtener la certificación de fondos, es decir que se cuenten con los recursos necesarios para contratar³⁸, esto a manera de garantizar que la entidad contratante pueda cumplir con el pago una vez que se cumpla el contrato por parte del contratista, es un principio de seguridad jurídica que obliga a la administración a prever el cumplimiento de sus compromisos.

A esta se suman las certificaciones de constatación previa, en el caso de bienes y servicios, que estos no constan en el catálogo electrónico, que son el paso previo obligatorio para este tipo de adquisiciones³⁹ que permite continuar con un procedimiento distinto; y, finalmente la verificación que la compra a realizarse consta en el Plan Anual de Contratación PAC⁴⁰, un requisito que con los ajustes realizados en la herramienta tecnológica se ha convertido en intrínseco, pues en la mayoría de casos es un requisito *sine qua non*, caso contrario no se podría publicar la convocatoria en línea.

Con todo lo anotado de la fase preparatoria, y para concluir esta primera parte se elaboran los pliegos⁴¹, que no son otra cosa que formatos predeterminados por el ente rector de la compra pública, el cual establece las reglas generales del procedimiento con las caracterizaciones propias de cada contratación. Como lo determina Miguel Ángel Bernal: *los pliegos son el instrumento que ordena la participación en un procedimiento de adjudicación, la adjudicación del contrato y la ejecución del mismo [...] Son la ley del contrato [...]*⁴².

A manera de compendio, la instancia preparatoria es sensible de corrupción por cuanto se preparan las bases y el presupuesto para las contrataciones, donde se pueden orientar los

³⁸ Esto en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 de La LOSNCP y 115 del Código orgánico de planificación y finanzas públicas

³⁹ EC. 2008. *Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 46, Las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios.

⁴⁰ EC. 2009. *Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*. Registro oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, artículo 25, Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.

⁴¹ EC. 2008. *Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 6 # 24, Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

⁴² Miguel Angel Bernal Blay, «Las leyes del contrato (los pliegos) contenido esencial y formas de control», *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, (Pamplona: Aranzadi, 2018) p. 957

estudios invocando condiciones técnicas especiales, provocando un aumento de precio superior al de mercado que perjudicaría a los intereses de la administración pública, no es menos cierto que existe una dificultad técnica amplia para poder identificarlo, pudiendo confundirse con tecnicismos y especificidades que son el origen de lo que más adelante podremos observar, ya que es en este momento donde se marca la pauta para poder tener o no un procedimiento de selección concurrente o en su defecto adjudicar la única oferta que se presente.

La fase preparatoria es la etapa más importante para tomar en cuenta para efectos de prevención, realmente es aquí donde se puede fraguar el área idónea para convertirla en caldo de cultivo para futuros hechos de corrupción, que en las demás etapas pueden ser ocultadas.

4.2. Fase Precontractual

Avanzando en el análisis la fase precontractual que nace con la convocatoria y la resolución administrativa de inicio del procedimiento, donde se manifiesta la voluntad de la administración de adquirir lo determinado en los pliegos, pasamos a conformar lo que se denomina comisión técnica⁴³ para los procedimientos de subasta inversa electrónica, cuyas cuantías sean superiores a los USD. 71.058,79⁴⁴, así mismo es indispensable para los procedimientos de licitación, cotización, consultoría de lista corta y concurso público.

Para todos aquellos procedimientos no enlistados no se exige una comisión técnica, siendo la mayoría desde el punto de vista cuantitativo, como los de régimen especial por citar alguno, para estos se ha adoptado la figura de delegados al amparo de lo que establece el art. 4 del RLOSNC⁴⁵, dejando por sentado que la responsabilidad de la calificación de ofertas de

⁴³ EC. 2009. *Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 18, Comisión Técnica.- Para cada proceso de contratación de: 1. Consultoría por lista corta o por concurso público; 2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; 3. Licitación; y, 4. Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;

2. El titular del área requirente o su delegado; y,

3. Un profesional afin al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado. (...)

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados.

La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno.

Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso.

⁴⁴ Monto calculado con el presupuesto inicial del estado, asignado para el año 2019.

⁴⁵ EC. 2009. *Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 4, Delegación.- En aplicación de los principios de Derecho Administrativo son delegables todas las facultades previstas para la máxima autoridad tanto en la Ley como en este Reglamento General, aún cuando no conste en dicha normativa la facultad de delegación expresa. La Resolución que la máxima autoridad emita para el efecto, determinará el contenido y alcance de la delegación.

los procedimientos no contemplados en el artículo 18 del RGLOSNCNP corresponden a la máxima autoridad.

Insistiendo que en los procedimientos donde no existe una comisión técnica; en la mayoría de casos -por no decir todos- la labor de evaluación de ofertas y lo que gire en torno a estas actividades, son derivadas de la autoridad, para que alguien más las realice en su nombre a modo de delegación.

Regresando a la comisión técnica, esta es designada por la máxima autoridad -no es una delegación- y está conformada, por al menos 3 personas: una que hace de presidente, el dependiente del área requirente y el experto en el objeto de contratación⁴⁶, sus responsabilidades directas principales son las de responder a las preguntas formuladas por los interesados de participar, las aclaraciones que puedan surgir, ya sea de las inquietudes o de aquellas que la administración crea necesarias en los pliegos sin afectar a la esencia del objeto, para pasar a la convalidación de errores de forma⁴⁷ y posterior calificación de ofertas con una recomendación expresa de adjudicación o declaratoria de desierto.

Dentro de estas actuaciones que realiza la comisión técnica, las respuestas y aclaraciones que puedan generarse dentro del procedimiento son susceptibles a: beneficiar intereses particulares, favoreciendo a unos, perjudicando a otros, limitando la concurrencia; por ello, en esta instancia (...) *la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el órgano de contratación, pues la apreciación del supuesto dilema en la interpretación o en su intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasaría el ámbito propio de la simple rectificación de un error*⁴⁸.

Así mismo existe un altísimo nivel de discrecionalidad respecto a solicitar enmendar o no errores de forma dentro de una oferta ya presentada, queda a criterio de la comisión técnica y no del todo al cumplimiento de las disposiciones legales, ya que las contempladas en la codificación de resoluciones del Sercop, son lo necesariamente ambiguas para que en determinados momentos la comisión técnica tenga el sustento normativo para optar o no por convalidar una oferta⁴⁹.

⁴⁶ Cabe señalar que como establece el artículo 18 del RGLOSNCNP, se integrarían en el caso de la Licitación, los Directores Financiero y Jurídico o quien haga sus veces

⁴⁷ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 23, Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

⁴⁸ Miguel Angel Bernal Blay, «Las leyes del contrato (los pliegos) contenido esencial y formas de control», p. 983

⁴⁹ EC. 2016. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, artículo 157 # 3 dentro de los errores de naturaleza convalidable textualmente indica que: *Podrán ser considerados dentro de la etapa de convalidación de errores, la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se*

Es importante que las comisiones técnicas se encuentren debidamente integradas y no me refiero a la forma, los profesionales que son designados deben tener los conocimientos suficientes para poder resolver respecto de las ofertas presentadas con imparcialidad, ya que son una especie de árbitros, pero también conocimientos mínimos legales de contratación que permita a través de ellos cumplir los principios de transparencia, legalidad, trato justo y concurrencia, que en los procedimientos de concurso deben mantenerse de principio a fin.

Respecto a la calificación de ofertas, nuestra legislación y particularmente la codificación de resoluciones del Sercop, determina dos instancias de calificación, la nombrada: *cumple no cumple* para las SIE, consultorías de contratación directa y menor cuantía; para los demás procedimientos comunes se continua hacia una segunda instancia denominada *por puntaje*⁵⁰.

Dentro de estas reglas no se enuncia nada respecto a las contrataciones por régimen especial nuevamente, sin embargo, lo que se ha realizado con estas en atención a la razón, es utilizar el método de *cumple no cumple* únicamente por ser una contratación directa, oferta que debería cumplir con todo lo requerido al cien por ciento para ser adjudicada, por haberla preseleccionado a participar en solitario, conforme los estudios preliminares donde se manifiesta la idoneidad de la misma para participar.

Desde el punto de vista estrictamente legal, la calificación de ofertas debe cumplir con las reglas dadas en los pliegos, respecto a la verificación del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones, que le permita hacerse de una adjudicación a la que resulte ser la mejor oferta.

El procedimiento de selección de un contratista debe estar orientado, de una parte, a garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas y, de otra no divergente, a servir al interés público [...] Los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia -presupuesta la publicidad- constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos

considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta. Sin embargo, en el artículo siguiente numeral 4 sostiene que: La omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en el pliego (es un error no subsanable). Se considerará omisión la falta de documentación sobre un hecho, circunstancia o condición exigida en el pliego. Por ello se afirma lo ambiguo que resultan las disposiciones en torno a la convalidación de errores

⁵⁰ EC. 2016. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, artículo 167, De la evaluación.- Las capacidades técnicas, económico-financieras y/o jurídicas; según correspondan, requeridas a través de los parámetros de evaluación podrán ser analizadas:

1. Utilizando una única etapa de evaluación a través de la metodología "Cumple / No Cumple" tratándose de Subasta Inversa Electrónica, Menor Cuantía de obras, bienes y/o servicios; y, Contratación Directa de consultoría; y, 2. En los demás procedimientos de contratación de Régimen Común, utilizando dos etapas de evaluación, la primera con la metodología "Cumple / No Cumple" cuyos parámetros serán establecidos en el pliego por la entidad contratante y posteriormente, solo con los oferentes calificados, la segunda etapa de evaluación será "Por Puntaje" a través del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso [...] la administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar [...] a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad⁵¹

Si bien es cierto la oferta es preparada por el postulante, la misma es conformada por una serie de documentos que tratan de evidenciar el cumplimiento de las exigencias del procedimiento de contratación, sin embargo, la labor de la comisión técnica no debe limitarse exclusivamente al recuento de papeles, es complementar con acciones y comprobaciones que les permita tener la certeza de que lo escrito guarda coherencia con la realidad, no como una posibilidad es realmente una obligación de los funcionarios, para que no quede en una simple afirmación de parte del oferente, aquí lo importante de tener el tiempo suficiente y los conocimientos necesarios que permitan realizar filtros adecuados a la comisión, con el único propósito de adjudicar la oferta más conveniente a los intereses institucionales.

El órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, atendiendo a criterios de adjudicación del contrato, a cuyo efecto, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes y adjudicará provisionalmente el contrato al licitador que haya presentado la que resulte económicamente más ventajosa⁵². tomando en cuenta que el precio no es el único ni primer factor de adjudicación en todos los casos, depende del procedimiento de contratación seleccionado el buscar la mejor oferta.

La fase precontractual termina con la resolución de adjudicación o desierto del procedimiento, fundamentado en el apoyo prestado ya sea por la comisión técnica o los delegados, equipo conformado por la mismísima autoridad a buen criterio y decisión de quien tiene la capacidad de conceder un contrato, sin embargo, no es menos cierto que la motivación de esta decisión debe estar fundada en los criterios técnicos y económicos dados en las bases del procedimiento.

Si tendríamos que indicar la instancia más crítica en relación con posibles actos de corrupción dentro de esta etapa, definitivamente es la convalidación de errores, un aserto que lo evidenciamos líneas antes por la controversia existente en torno a los errores de forma y los considerados como no subsanables, donde la discrecionalidad no llega a ser limitada de manera

⁵¹ Mario Garces Sanagustin, Alberto Palomar Olmeda, «Actuaciones relativas a la contratación de las administraciones públicas, expediente de contratación. Adjudicación», *Comentarios a la Ley de Contratos Públicos*, (Madrid: Wolters Kluwer, 2018) p. 406

⁵² Jose Vicente Catalá Martí, *La contratación de las administraciones publicas ajustadas a la ley de contratos del sector público*, (Pamplona: Civitas, 2008) p. 148

clara por las disposiciones legales y que permiten un movimiento más amplio de criterios personales respecto a una u otra oferta, que en teoría se los sobrelleva con criterio técnico.

4.3. Fase Contractual

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes,⁵³ siendo un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa⁵⁴, y particularmente los que nacen de la LOSNCP que corresponden a contratos de carácter administrativos⁵⁵.

En la legislación española: *Los contratos administrativos, típicos o nominados reciben el nombre de su propio objeto contractual y son los 5 siguientes: el contrato de obras, el contrato de concesión de obras, el contrato de concesión de servicios, los contratos de suministros y los contratos de servicios*⁵⁶, para el caso del Ecuador es necesario aclarar que la concesión no se encuentra dentro de la LOSNCP y habría que integrar los servicios de consultoría.

Depende del monto, la forma de pago y el objeto de contratación la exigencia o no de garantías como documentos habilitantes del contrato a ser suscrito. En la LOSNCP al menos existen 3 tipos de garantías que se las solicita para blindar de cierta forma a los intereses públicos dentro de un contrato administrativo:

- i. La garantía de fiel cumplimiento del contrato⁵⁷ que respalda el 5% del valor total del contrato y es exigible para cuando la cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado⁵⁸, se la excluye cuando en el caso de los bienes se opta por el pago contra entrega.
- ii. La garantía de buen uso del anticipo, para los casos en donde se entrega un pago inicial a la suscripción del contrato y que debe ser respaldado en el 100% del mismo, no existe una disposición legal que exija el pago o no de un anticipo, depende de la naturaleza del objeto de contratación y la discrecionalidad de la administración, lo que pretende este instrumento es respaldar aquellos recursos

⁵³ EC. 2005, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 1461

⁵⁴ *Ibid.*, artículo 1454

⁵⁵ EC. 2008. *Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 60

⁵⁶ Antonio Martínez Marín, *Estudio sistemático del derecho administrativo*, p. 796

⁵⁷ Las disposiciones legales para la garantía de fiel cumplimiento del contrato, las tenemos en los artículos 74 de la LOSNCP y 119 del RGLOSNCP

⁵⁸ Para el ejercicio fiscal 2019, equivale a contratos superiores a USD. 71.058,79

públicos que no han sido devengados y que en caso de inconvenientes pueda recuperarlos.

- iii. Y por último tenemos la garantía técnica para bienes, o servicios que signifiquen la instalación de estos, para proteger el cumplimiento del principio de vigencia tecnológica, en donde la administración está obligada a contratar y mantener los mantenimientos preventivos, para conseguir que la garantía técnica se mantenga vigente, posterior a la finalización del contrato a manera de una obligación post contractual.

Respecto estrictamente a la garantía del anticipo, y particularmente al que exista un anticipo, es discrecional de la administración, no existen reglas ni lineamientos para ello, sin embargo, termina siendo un elemento de segregación a los oferentes invitados que por sí mismos, no podrían hacer frente a un contrato con recursos propios en caso de que la administración decida no asignar un valor por anticipado, dejando de lado a ciertas pequeñas y medianas empresas que no tienen la liquidez para inyectar recursos a proyectos cuyos pagos se realizan una vez concluidos.

Al tiempo de suscribir el contrato por las partes, tiene que designarse un administrador⁵⁹ por parte de la máxima autoridad, el cual se encarga de todas y cada una de las obligaciones que se derivan del acto que se acaba de perfeccionar, su labor principal es que el objeto se cumpla en las condiciones establecidas inicialmente en los pliegos, asumidos en la oferta y ahora recogidos en el contrato.

*Si la eficacia de los mecanismos de control en las fases previa a la licitación, de licitación y de adjudicación ha mejorado (...), la fase de ejecución (posterior a la adjudicación) se controla menos rigurosamente.*⁶⁰ por lo que la labor de quien hace de administrador del contrato es fundamental, ya que es responsable de todo y eso incluye la labor técnica pero también administrativa, que permita solventar los inconvenientes propios de la ejecución en constante comunicación con el contratista, con la necesaria cercanía para estar al tanto de los avances y con suficiente distancia para en caso de incumplimientos sancionar de ser necesario.

Esta instancia de ejecución o contractual, no deja de ser susceptible de corrupción si es que no existe un adecuado control, ejemplificando, puede entregarse de parte del contratista aspectos similares a los ofertados alegando tecnicismos o inexistencias en mercado que deben

⁵⁹ EC. 2009. *Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 121

⁶⁰ Comisión Europea, *Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción*, p. 36

ser comprobados, o simplemente no informar al respecto aguardando que no se note la diferencia por parte de la administración.

El administrador del contrato a más de ser un experto en la mayordomía del contrato, estará a prueba su integridad por buscar conseguir los fines institucionales, tentado posiblemente a pasar por alto circunstancias que pueden beneficiar al contratista y en desmedro de la entidad, la discrecionalidad vuelve a la carga como a lo largo del resto de instancias del procedimiento de contratación, donde adecuadamente empleada se puede conseguir el pragmatismo que la compra pública busca a través de las adquisiciones, que es la contraprestación del objeto materializada, para por medio de esta satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

Dentro de esta etapa existe la posibilidad de suscribir contratos complementarios, los cuales desde que se creó la LOSNCP, en el caso de las obras estrictamente podía llegar a complementarse hasta por un 70% del valor reajustado del contrato por vía de ordenes de trabajo, diferencia en cantidades de obra y el mismo contrato complementario. Con la expedición de la ley orgánica para la eficiencia en la contratación pública, que entró en vigor el 20 de marzo de 2017, este porcentaje se redujo al 15%⁶¹.

En esencia lo que se trata de evidenciar con estos datos es, que la reforma legal fue necesaria para poder limitar estos excesos de la administración pública respecto a suscribir contratos que complementen al original⁶², disposición que estuvo vigente entre agosto de 2008 y marzo de 2017, lo cual provocó durante 8 años que los presupuestos terminen siendo superiores a los recursos realmente empleados, tanto en obras, servicios y consultorías, exceptuando a los bienes por estar prohibidos⁶³.

*La nueva normativa sobre modificación de contratos públicos, que (...) se sigue configurando como potestad de la Administración Pública, de espaldas a la realidad, supone el mantenimiento de una rigidez extraordinaria para abordar los modificados de los contratos, que resultan ser tratados como elementos sospechosos tanto por afectar a la libre competencia como poder ser un cauce de corrupción (...)*⁶⁴, siendo dentro de la ejecución contractual, esta

⁶¹ Con esta Ley se reforma el artículo 87 de la LOSNCP en donde se ajustan los porcentajes mencionados.

⁶² No existe un estudio por parte de entidad gubernamental alguna que arroje datos ciertos del porcentaje de contratos complementarios suscritos; el portal de compras públicas no mantiene al día en el 100% la información de las entidades contratantes que permita realizar un análisis cuantitativo.

⁶³ EC. 2008. *Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública*, artículo 87, No procede la celebración de contratos complementarios para los de adquisiciones de bienes sujetos a esta Ley

⁶⁴ Jose Maria Baño Leon, «El modificado de los contratos», *Estudios sistemático de la ley de contratos del sector público*, (Pamplona: Aranzadi: 2018) p. 1345

posibilidad de suscribir contratos complementarios un foco de corrupción que resalta por sobre las otras.

Para suscribir una modificación contractual se deben superar ciertos requisitos que básicamente consisten en justificar la necesidad técnica o imprevisión⁶⁵, certificar los fondos⁶⁶ que implicarían el aumento de los costes, en caso de que se hayan expedido garantías complementarias al nuevo valor del contrato y para el caso de las obras tener el informe favorable de quien hace de fiscalizador⁶⁷.

Este mecanismo de complemento puede estar expuesto a actos de corrupción, utilizándolo para inflar un contrato que en el inicio tuvo un precio predeterminado, que permitió posiblemente evitar un procedimiento concursal por su cuantía o adjudicar la oferta más favorable económicamente en la etapa precontractual.

El punto final de todo contrato en caso de que este haya culminado satisfactoriamente, es el acta entrega recepción definitiva, siendo el instrumento que libera de responsabilidades al contratista y le permite a recibir su compensación económica acordada, así como extinguir la garantías presentadas en caso de existir⁶⁸; es el reflejo del cumplimiento de lo que se obligó en el contrato y el administrador en calidad de contraparte, es el encargado de otorgar ese aval en nombre de la administración.

Si el contratista no ha cumplido con el contrato y no se puede suscribir el acta, se abren otras aristas respecto a las acciones que se puedan adoptar para poder cerrar el contrato por otros medios -terminación de mutuo acuerdo o unilateral-, dependiendo las circunstancias.

Con todo lo antes analizado podemos tener una clara visión del paso a paso de un procedimiento de contratación y que instancias son las mas expuestas a corrupción, que a manera de recuento las identificamos; en la etapa preparatoria en: la generación de la necesidad, con la elaboración de los TDRs o especificaciones técnicas; ya en la fase precontractual: las respuestas, aclaraciones y la convalidación de errores; y, finalmente en la instancia contractual: en la administración de contratos y los complementos que puedan existir a estos.

5. LAS ACTUACIONES CORRUPTAS MAS COMUNES EN LA COMPRA ADMINISTRATIVA

⁶⁵ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 85

⁶⁶ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 90

⁶⁷ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 144

⁶⁸ Con excepción de la garantía técnica, ya que con el acta entrega recepción de entrega de los bienes la misma comienza a regir.

Deja de ser indiferentes el cargo o relevancia de los funcionarios públicos al momento de cometer actos de corrupción, existen tantos actores en el procedimiento de la compra pública como pudimos evidenciar líneas atrás, que cada episodio con mayor o menor relevancia es vulnerable a este tipo de actuaciones.

Según una investigación sobre contratación pública y corrupción en Europa, los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden ascender al 20 %-25 %, y *en algunos casos incluso el 50 %, del coste total del contrato*⁶⁹.

Lo que trataremos de hacer ahora es identificar en complemento con el acápite anterior, las actuaciones mas comunes de corrupción dentro de la compra pública, con la antelación de que podrían quedarse fuera de la lista varios que no son recurrentes o que no se han descubierto aun, por la naturaleza propia de la enfermedad que va mutando a medida que se la va combatiendo como una especie de virus, sin embargo, servirá para orientar las miradas y los controles en función de tener una primera base:

- i. Aprovechar de las contrataciones directas contempladas en la LOSNCP y aquellas que la administración tiene la potestad de preseleccionar su participación, (regímenes especiales, consultorías: directa y lista corta, menor cuantía) para evitar concurrencia.
- ii. Pliegos que contienen especificaciones técnicas orientadas a que uno o pocos oferentes puedan cumplir con las exigencias, que permitan hacerse con facilidad de una adjudicación a pesar de ser un procedimiento concursal.
- iii. Generación de necesidades sin estudios previos o exiguos, que al momento de la ejecución coloque a la administración en una posición de riesgo y obligada a aceptar las condiciones del contratista, para poder cumplir con el objeto.
- iv. Participación de empresas de amigos y familiares o la creación de nuevas o consorcios, con el fin de que allegados o parientes camuflados detrás de otros, puedan hacerse de contratos donde se pueda beneficiar el funcionario público o externos interesados.
- v. Establecer la subdivisión de contratos, es decir partir en varias porciones un objeto de contratación, que permitan llevar a cabo procedimientos menos rigurosos por su cuantía y menos controlados para poder manipularlos.

⁶⁹ Comisión Europea, *Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción*, p. 23

- vi. Declarar una emergencia para que al amparo de esa circunstancia se puedan realizar contrataciones especiales de forma directa, sin las exigencias de un procedimiento convencional y que, a pesar de ser adecuadamente justificadas, se aproveche esta circunstancia para contratar objetos que permitan superar la situación y otras más.
- vii. Obviar la LOSNCP y requerir la provisión de bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría, sin un procedimiento previo que luego de haber sido recibido, la administración tenga que cumplir con quien lo prestó y se tenga que utilizar la figura excepcional de convenio de pago a pretexto de ser justos con quien cumplió, alegando la necesidad de celeridad que motivaron los hechos, sacrificando el cumplimiento la norma.
- viii. Elaborar presupuestos referenciales discordantes con los precios de mercado, generando un espacio para que el contratista obtenga una jugosa utilidad y el estado pague más por algo que cuesta menos.
- ix. Ubicar a personas de confianza en cargos públicos estratégicos, que permitan que las necesidades, autorizaciones, adjudicaciones y pagos, fluyan de una manera más adecuada para los intereses particulares, e incluso podría funcionar a la inversa, cuando esta estructura dentro de la administración se confabula para complicar los trámites burocráticos y demorarlos, con el fin de extorsionar proveedores y sientan la necesidad de corromper al funcionario para que realice su trabajo eficientemente.
- x. Utilizar el manejo de información privilegiada en las distintas instancias del procedimiento de contratación, como un mecanismo que permita favorecer a uno u otro oferente, aprovechando el funcionario público de su posición para beneficiarse personalmente.
- xi. Suscripción de contratos complementarios que se conocían desde antes de lanzar el procedimiento de contratación o que se generaron sin ser estrictamente necesarios, y que su elaboración signifique réditos para alguien en particular.
- xii. No aplicar garantías respecto de equipos que tienen que emplearse por no haber realizado los mantenimientos preventivos que esta exigía periódicamente, dejando a la administración sin recurso a reponerlos.
- xiii. No cobrar multas a los contratistas, a pesar de existir incumplimientos del contrato, en donde el administrador perdona estas faltas a cambio de beneficios personales.

Sobre este primer listado se pueden llegar a emanar otras raíces, con distintas variaciones que crean una trama que enreda a la contratación pública y que se esfuerza por ser cada vez más imperceptible, las formas pueden variar, sin embargo, las prácticas han sido las mismas desde sus inicios.

6. ACTUACIONES PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN

La corrupción a lo largo del tiempo y desde sus orígenes no ha cambiado en su esencia, ha evolucionado, se ha perfeccionado con matices propios de los avances tecnológicos y a la par de que los controles han aumentado, no obstante, los fines y mecanismos siguen siendo los de siempre; sacar ventaja en beneficio económico personal.

Se puede llegar a determinar que no hay una receta para poder combatir a la corrupción, puede sonar desalentador, sin embargo y a manera de que no se lean a estas líneas con frustración, se pueden tomar acciones que permitan tener herramientas que amainen sus embates.

Tratando de obtener experiencias de cómo han abordado esta problemática en otras esferas, podemos recoger lo que Antonio Martínez Marín en un acertado recuento al informe sobre lucha contra la corrupción que adopta la Comisión Europea en febrero de 2014: *Las medidas recomendadas de lucha contra la corrupción son entre otras: desarrollar la supervisión de la contratación, aplicar la transparencia por todas las administraciones y poderes adjudicadores en todos los tramites de los contratos, reforzar los mecanismos de control interno y externo de esta actividad contractual y fortalecer los regímenes sancionadores*⁷⁰

Para poder aterrizar estas recomendaciones generales, el informe antes señalado establece que *en algunos otros Estados miembros, los contratos públicos incluyen una cláusula de lucha contra la corrupción que garantiza un seguimiento más eficaz en caso de prácticas corruptas probadas durante el período de vigencia del contrato (p. ej., procedimientos claros para la declaración de nulidad de un contrato o para la aplicación de otras sanciones contractuales)*⁷¹, es decir, han adecuado los contratos de tal forma que si se llegara a detectar cualquier tipo de corrupción en la ejecución del mismo, pueda ser declarado nulo, que para

⁷⁰ Antonio Martínez Marín, *Estudio sistemático del derecho administrativo*, p. 792

⁷¹ Comisión Europea, *Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción*, p. 37

aplicarlo en nuestro país debería incluirse como una causal adicional a las contempladas en el artículo 65 de la LOSNCP.

De todos los trabajos sobre corrupción y los remedios para tajarla, podemos sintetizar, centrándonos en la contratación pública, cuatro tipos de medidas que permitirán reducirla muy significativamente:

1. Transparencia. Potenciar la exigencia imperativa de la aplicación de los principios comunitarios de transparencia e igualdad de trato en las diferentes instrucciones y trámites de la contratación pública
2. Profesionalización. Garantizar la independencia y formación ética y jurídica del personal del sector público y privado que intervienen en las diferentes fases del procedimiento de contratación.
3. Controles internos y externos. Reforzar los controles existentes y dar efectos materiales directos a los informes de los órganos de control
4. Depuración de responsabilidades. Detectar a los responsables de la manipulación de los procedimientos y asegurar su sanción, que ha de incluir la indemnización por el quebranto causado.⁷²

José Manuel Martínez hace un importante esfuerzo por conducir las medidas contra la corrupción a apenas cuatro muy concretas, es verdad que son directrices generales que se las podrá aplicar en cualquier estamento, sin embargo, y a manera de reflexión, la corrupción se adecua a las costumbres y modos de cada país -incluso de ciudad-, por ello los planes tienen que ser diseñados de manera particular, fortaleciéndolos en los aspectos neurálgicos entre cada estamento para que tengan el efecto esperado.

Existe una inminente *necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores*⁷³ u oferentes, y no nos referimos únicamente al tedioso procedimiento administrativo de contratación que provoca que las ofertas tengan cientos de hojas, también hablamos del trasfondo de no exigir requisitos que van más allá de lo necesario, para con ello tratar de conseguir centrarnos en lo medular, que es la propuesta de como se va a cumplir con el objeto de la contratación y en las mejores condiciones.

Es importante implementar un sistema de reclamos formales en todas las instancias del procedimiento de contratación que, si bien existe a través del ente rector de la contratación pública, es necesario que los atienda de manera directa la entidad contratante de manera inmediata, con plazos determinados, que den confianza a que el procedimiento se lo está llevando adecuadamente y sobre todo que los reclamos están siendo tomados en cuenta y la dependencia corrigiendo lo que corresponda.

⁷² José Manuel Martínez, «Corrupción en la contratación pública», p 442

⁷³ ES. 2017. *Ley de Contratos del Sector Público*. Boletín Oficial del Estado español No. 272, 8 de noviembre de 2017, preámbulo.

Lo anterior se enlaza a la implementación de una real contratación pública electrónica, que en el Ecuador se ha estatizado y nos hemos conformado con mantener un portal *on line*, cuando este debe evolucionar de mantener información a una herramienta que interactúe, que evite los expedientes físicos de contratación, apuntar a mantener una herramienta amigable que arroje los resultados y estadísticas en tiempo real, menos dependiente de la voluntad de que las administraciones contratantes carguen la información, estableciendo un sistema obligatorio y de paso previo, que permitirá un real control y arroje datos para toma de decisiones.

Ya que abordamos el aspecto del control, el ente que por antonomasia lo ejerce es la Contraloría general del estado CGE, no siendo el único, pero sí quien determina responsabilidades y posteriores sanciones, más ahora que existe una propuesta formal de evolucionar a un tribunal de cuentas, institución bastante madura en otros países. Deberíamos aprovechar este momento para poder otorgarle a este ente colegiado, la posibilidad de contar con profesionales versados en la materia, con equipos multidisciplinarios que permitan detectar posibles hechos de corrupción en contratos que adolecen de muchos tecnicismos y que solo con un contrapeso de expertos, se podría llegar a detectar si las decisiones adoptadas tuvieron o carecieron de fundamento.

Así como se requiere un ente de control competente, en la misma línea deberá estar encaminado el Sercop, una entidad que se ha venido a menos, con una bandeja de pendientes extensa que se convierte en deuda con la ciudadanía; es una dependencia a la cual se le debería volver a tecnificar con personal probo, adecuadamente remunerado y capacitado que permita elevarlo al nivel que requiere la situación actual, con autoridades de prestigio elegidas vía concurso y con conocimientos comprobados.

Una acción inmediata y en particular que debe realizar el Sercop es ocuparse del catálogo electrónico, como un procedimiento de contratación que evite las contrataciones individuales, no centrándonos únicamente en el precio que es importante, también en que técnicamente se provea de bienes y servicios que atiendan realmente necesidades de las entidades, esta labor no solo aliviaría la carga laboral de las contrataciones, permitiría que un ente independiente evite posibles negociaciones corruptas y conseguiría mejores ventajas para las compras estatales.

Hay un punto crucial detrás de todo esto y es el funcionario público, si hay alguien de quien debemos preocuparnos es de él cómo servidor, pero también como persona. Este personaje es el eje sobre el cual giran todos los aspectos de la corrupción pública, si es que los funcionarios no darían paso a este tipo de actividades ilícitas e ilegales erradicaríamos la corrupción y para que ello ocurra se deberían atender varios aspectos:

- i. Preparar constantemente a los profesionales, tanto en aspectos técnicos como legales.
- ii. Alertar de las consecuencias que implicaría cometer este tipo de delitos, relacionados con la corrupción.
- iii. Distribuir adecuadamente funciones y controles.
- iv. Repartir la carga laboral de tal forma que permita tener el tiempo para la prolijidad necesaria.
- v. Perfeccionar la ley de servicio público, los estatutos de funciones de cada entidad y los contratos respecto a los deberes y obligaciones, para endurecer las sanciones.
- vi. Remunerar adecuadamente al personal y en proporción a sus responsabilidades.
- vii. Fomentar un ambiente de trabajo que les permita ver a la carrera pública como una oportunidad de servir y no de servirse.

Tenemos un indicador que nos evidencia lo necesario que es capacitar al funcionario en conocimientos de contratación pública y me refiero a todos los involucrados, en octubre de 2018 el Sercop realizó la evaluación de certificación de competencias⁷⁴ indicando en números gruesos que de los 5000 funcionarios convocados, 3000 rindieron el examen y apenas 400 funcionarios aprobaron, lamentablemente esta Institución no ha tomado las acciones que permitan comenzar a trabajar para mejorar tan desastrosos y alarmantes resultados que nos hacen pensar en manos de quien están la ejecución del gasto público por vía de la contratación administrativa y cuan expuestos nos encontramos a que las prácticas corruptas campeen sobre nosotros.

A más de capacitar y profesionalizar a los servidores públicos, la academia debe tener una injerencia positiva en la lucha contra la corrupción ya que sería el brazo técnico de las acciones a tomarse por parte de los distintos niveles de gobierno siendo un ente independiente y que no tiene que responder ante el poder, ya lo dijo el profesor Joan J. Queralt: *No solo las ciencias experimentales, las naturales o las exactas tienen un rendimiento científico, a medio plazo, social y económico, devolviendo a la sociedad con creces lo que esta ha dispuesto para su desarrollo. También las ciencias sociales tienen este rendimiento. Contribuyen al diseño de*

⁷⁴ Silvana Vallejo, «Sercop anuncia resultados de la Certificación de Competencias en contratación pública», Servicio nacional de contratación pública, revisado 25 de enero de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=aapEfOocABQ>

*las políticas públicas, a su control y evaluación, al fortalecimiento de la convivencia, haciendo que la democracia no se deteriore*⁷⁵.

Para que exista un verdadero combate a la corrupción hay que denunciarlo, en Europa ya se está trabajando en *la regulación de la figura del “whistleblower”, el delator o denunciante que se atreve a dar un paso al frente y poner en conocimiento de las autoridades de investigación de los delitos (...) la notitia criminis de una trama corrupta o un hecho de corrupción. El objetivo es acentuar una estrategia europea de protección del denunciante. Con canales de información seguros, confiables, claros y practicables*⁷⁶.

Para que esto funcione en el Ecuador definitivamente habrá que realizar sanciones ejemplares, y que se pueda evidenciar que estos delitos no están cayendo en la impunidad, a manera de dar confianza a que los conedores de estos casos denuncien, y a la par trabajar en un *compliance* en el sector público y especialmente en la contratación pública, que permita inmiscuir normas que permitan el adecuado gasto público, así como las prohibiciones para contratar, fomentando un ambiente de prácticas legales y transparentes.

Finalmente y no por ello menos importante, el fortalecer la transparencia es crucial, pero vale la pena aclarar que una transparencia real, completa y no únicamente una formal para poder llevar a cabo procedimientos de contratación, evitando cumplimientos mínimos legales para fomentar una competencia leal, conocemos que la antítesis de la corrupción es la transparencia, sin embargo, no es el antídoto completo para extinguirla, es necesario articularla con políticas públicas, sanciones, preparación y aptitudes en los funcionarios públicos, así como, trabajar mucho en los conocimientos que deben tener las personas respecto a lo perjudicial que resulta para todos que la corrupción se enquistó en el sistema; definitivamente, a más de endurecer las sanciones, los controles y los requisitos, va muy de la mano de una decisión política que permita implementar una estrategia holística que permita hacer frente a contrincantes que tienen los recursos y la sapiencia para buscar el beneficio propio.

7. CONCLUSIONES

Es necesario potenciar un organismo especializado e independiente que se dedique a la lucha contra la corrupción en la contratación pública, no me parece por la situación económica y política en la que se encuentra el Ecuador crear una entidad adicional. Esta ingente labor la

⁷⁵ Joan Queralt Jiménez, Dulce M. Santana Vega, *Corrupción pública y privada en el estado de derecho*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), p. 20

⁷⁶ Juan Fernando Lopez Aguilar, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea», *Corrupción pública y privada en el estado de derecho*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017) p. 32

tiene que realizar el Sercop, por ser parte de sus competencias como ente rector de las compras públicas.

Dos elementos (...) contribuyen a que la contratación pública sea el ámbito de la gestión pública que más sufre la lacra de la corrupción: la complejidad de la regulación y las escasísimas exigencias de responsabilidad por su vulneración⁷⁷, por lo que debemos trabajar en hacer de la compra pública algo mucho más digerible, y no me refiero a que existan menos controles, por el contrario, facilitando a los usuarios públicos o privados el entendimiento de las disposiciones se cometerían menos errores y para muestra tenemos a la codificación de resoluciones del Sercop, que contiene más de 500 artículos en constante modificación, siendo necesaria una reingeniería de este acto administrativo, así como simplificar los modelos de pliegos.

La corrupción al haberse convertido en una práctica transnacional, lo que debemos es apoyarnos en organismos internacionales que tienen planes y programas que podrían prestar su contingente e implementar las acciones enumeradas en el acápite anterior de este trabajo investigativo.

La corrupción es un problema de primer orden que tiene (...) un doble coste directo: económico, traducido en ineficiencia del gasto público y moral, en cuanto deslegitimación del poder político y desincentivación a los ciudadanos del cumplimiento de sus deberes cívicos⁷⁸. Si queremos mejorar el clima de negocios y atraer inversiones, que tanta falta le hace hoy por hoy al Ecuador, es necesario combatir a la corrupción y con eso potenciar a la actividad empresarial, devolviendo la confianza a un sistema que se ha plagado de tráfico de influencias y nepotismo para conseguir contratos con el estado, con sus excepciones.

No solo es cuestión de elaborar más leyes o reformar las existentes para sancionar los actos de corrupción, si bien es cierto es necesario adecuar la legislación nacional previendo sanciones para este tipo de delitos específicos, lo importante es aplicarlas, respetarlas y cumplirlas inicialmente de parte de quien las expide, y de quienes exigen su cumplimiento a los ciudadanos; el cumplir y hacer cumplir la ley va en ese orden.

Debemos ir más allá de la aplicación de los principios de transparencia y publicidad, establecer un real gobierno abierto, donde a la ciudadanía se le informe, dando un paso hacia adelante para que también le permitan aportar y sea parte de la solución; los usuarios y oferentes

⁷⁷ José Manuel Martínez, «Corrupción en la contratación pública», p 436

⁷⁸ Ibid., p 440

pueden ser también los afectados y quien mejor que ellos para negarse a llegar a acuerdos que beneficien intereses de unos pocos a costa de dinero público.

A mi muy particular modo de examinar las posibles soluciones a la corrupción en la contratación pública, regresar a la obligatoriedad de solicitar los informes previos de la CGE o de la Procuraduría, no sería el antídoto para corregir aquello que se realiza en instancias anteriores, y que está en facultad discrecional de efectuar la administración pública (me refiero a los procedimientos de contratación) y en pleno conocimiento también de las responsabilidades que ello implica, por lo que se debería trabajar en las adecuadas acciones que deben realizar los funcionarios públicos de todo nivel, así como en sancionar a aquellos que cometen actos de corrupción.

Si bien es cierto en instancia administrativa se encuentra el Sercop, en calidad de ente rector de las compras públicas para recibir todo tipo de denuncias en torno a los procedimientos de contratación pública incluidas las de posibles corrupción o incluso actuar de oficio, no es menos cierto que el CPCCS tiene el mandato constitucional de investigar y proteger a quien denuncia actos de corrupción⁷⁹ al que se suma la secretaria anticorrupción de la presidencia que tiene entre sus varias responsabilidades la de articular políticas que combatan a estos hechos.

La Contratación Pública, como parte del Derecho Administrativo, está en constante cambio e invención por el simple hecho de regular la relación entre la administración y los ciudadanos, por esa razón, el modo en que opera la corrupción a menudo va unos pasos más adelante, por lo que la administración debe hacer un doble esfuerzo por ponerse al día, no solo de las necesidades ciudadanas sino también en prepararse para poder soportar los embates de la corrupción, que no solo van en desmedro de los recursos, también de la democracia misma.

⁷⁹ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 208 numeral 3

8. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Doctrinarias:

Aymerich Cano, Carlos, *Un problema pendiente: La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Pamplona: Aranzadi: 2015

Baño Leon, Jose Maria, «El modificado de los contratos», *Estudios sistemático de la ley de contratos del sector público*, Pamplona: Aranzadi: 2018

Bernal Blay, Miguel Angel, «Las leyes del contrato (los pliegos) contenido esencial y formas de control», *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Pamplona: Aranzadi, 2018

Cantera Cuartango, José Manuel, *Vademécum de contratación pública*, Madrid: Wolters Kluwer, 2018

Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, Madrid: Editorial Reus, 2016

Castro Moreno, Abraham, Otero Gonzalez, Pilar, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid: Dykinson, 2016

Catalá Martí, Jose Vicente, *La contratación de las administraciones públicas ajustadas a la ley de contratos del sector público*, Pamplona: Civitas, 2008

Comisión Europea, *Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción*

Díaz, Juan Francisco «El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas», *Revista Foro UASB* No. 25, 2016.

Fernández Farreres, Germán, *Sistema de derecho administrativo*, T. II 3ra ed., Pamplona: Civitas, 2016

Garces Sanagustin, Mario, Palomar Olmeda, Alberto, «Actuaciones relativas a la contratación de las administraciones públicas, expediente de contratación. Adjudicación», *Comentarios a la Ley de Contratos Públicos*, Madrid: Wolters Kluwer, 2018

Gimeno Feliu, José María, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid: Dykinson, 2016

Lopez Aguilar, Juan Fernando, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea», *Corrupción pública y privada en el estado de derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993

Martinez, José Manuel, «Corrupción en la contratación pública», *Corrosión del Estado de Derecho*, Pamplona: Aranzadi, 2017

Martinez Marín, Antonio, *Estudio sistemático del derecho administrativo*, Pamplona: Aranzadi: 2018

Menéndez Sebastián, Eva María, Los contratos de servicios del sector público, Pamplona: Civitas: 2009

Nieto García, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona: Ariel, 1997

Parada, Ramon, *Derecho Administrativo II*, Madrid, Open, 2014

Peña Ochoa, Alfonso, «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017», *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona: Aranzadi, 2018

Queralt Jiménez, Joan, Santana Vega Dulce M., *Corrupción pública y privada en el estado de derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, ed. 23

Sanchez Román, Felipe, *Estudios de derecho civil*, Madrid: Real Casa, 1899

Tranparencia international, «Corruption Perceptions Index 2017», revisado 20 de enero de 2019, https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017?gclid=Cj0KCQiAg_HhBRDNARIsAGHLV51oObPq_9CiJgzs2h4BAI2JbvG_KxjK0e63RDb_GaR7X9t8zVEhMCwaAn4nEALw_wcB

Fuentes Normativas:

Asamblea constituyente, Ecuador. Constitución de la república del Ecuador, Pub. L. No. Registro oficial 449 (2008).

Asamblea constituyente, Ecuador. Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Registro Oficial 395, suplemento (2008).

Parlamento europeo y el consejo de la unión europea. Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE. Diario oficial de la unión europea L94 (2014)

Presidencia de la república del Ecuador. reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Registro oficial 588, suplemento (2009).

Presidencia de la república del Ecuador. Normas de optimización y austeridad del gasto público. Decreto ejecutivo No. 135. Registro oficial 76, suplemento. Decreto ejecutivo No. 135 (2017).

Presidencia de la república del Ecuador. Optimización de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior y empresas públicas. Registro oficial 404, suplemento. Decreto ejecutivo No. 624. (2019)

Rey de España, Ley de contratos del sector público. Boletín oficial del estado español No. 272, (2017)

Servicio nacional de contratación pública, Ecuador. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 (2016).