

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Contratación Pública

El rol de los diversos actores en torno a la participación local y nacional en el marco de la compra socialmente responsable en el Ecuador

Marco Vinicio Iza Lujé

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Marco Vinicio Iza Lujé, autor de la tesis titulada “El rol de los diversos actores en torno a la participación local y nacional en el marco de la compra socialmente responsable en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/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.

Quito, febrero del 2020.

Marco Vinicio Iza Lujé

Resumen

La compra pública socialmente responsable es el eje fundamental del presente trabajo, porque permite incorporar en las operaciones comerciales que realiza el Estado, la inserción de aspectos relacionados con el respeto de los derechos sociales, ambientales, entre otros. Por lo tanto, va a permitir fomentar en los distintos procesos de contratación la inclusión de grupos prioritarios como: personas con discapacidad, oportunidades laborales en igualdad de género para hombres y mujeres y un trato amigable con el ambiente.

En este sentido, concierne para la investigación ver como los componentes que giran alrededor de este concepto, y los diversos actores de la contratación pública logren incluir la compra pública socialmente responsable, pues las contrataciones deberán alinearse con los principios de legalidad, igualdad, concurrencia, trato justo, oportunidad y participación nacional para que la compra pueda tener un mínimo de responsabilidad social y ambiental en armonía con la eficiencia del gasto público.

Se encontró que, al planificar y elaborar todos los documentos precontractuales por parte de los funcionario y servidores públicos, falta profundizar la inclusión de criterios para que la contratación pública pueda ser socialmente responsable de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Ecuador; y se evidenció que es necesario invertir aún más en el desarrollo de programas de capacitación para que actores provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas conozcan el marco que regula las compras públicas y de paso que en sus productos se incorpore la responsabilidad social y ambiental.

Finalmente, se revisó la normativa sobre la contratación pública en el Ecuador y se analizó lo que los actores podrían hacer para que la compra pública sea socialmente responsable, poniendo énfasis en las entidades públicas que tienen roles conexos como el control y regulación.

A Dios, por la sabiduría que me ha brindado y por cada día regalarme un día más de vida. Gracias a las bendiciones que me ha dado en este trayecto de mi etapa profesional, culmino con éxito una parte fundamental en mi crecimiento profesional.

A mi esposa Fátima Priscila Naranjo Grandes y a mi precioso hijo Mateo Sebastián Iza Naranjo, fruto de nuestro amor. Ustedes son el motor que impulsa de mi vida, por los cuales, tengo que luchar y trabajar para cumplir muchas metas más a lo largo de la vida.

Agradecimientos

A Dios, por las bendiciones que me ha dado en este trayecto de mi etapa profesional.

A mi esposa Fátima Naranjo, que es mi apoyo fundamental en este proceso.

A mi hijo Mateo Sebastián, que es mi inspiración para superarme.

A mi tutora Dra. Lina Victoria Parra, por su apoyo en la realización de este trabajo, por guiarme no solamente en el desarrollo de esta tesis sino también en mi formación como investigador, su guía ha sido un aporte invaluable.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero	15
Los tipos de compras del Estado y su incidencia con el sector privado.....	15
1. La contratación pública y el objetivo económico social y ambiental	15
2. Las compras socialmente responsables	17
3. Responsabilidad social de la administración pública.....	19
4. Las compras sustentables	24
5. Las compras verdes socialmente responsables.....	27
6. La responsabilidad empresarial	29
7. Consideraciones sobre el gasto público en la contratación pública	34
Capítulo segundo.....	39
La relación de los principios de la compra y contratación pública inclusiva.....	39
1. Descripción de los principios relevantes que permitirán que la compra y contratación pública sea inclusiva	39
1.1. Principio de legalidad.....	40
1.2. Principio de igualdad.....	43
1.3. Principio de trato justo	46
1.4. Principio de concurrencia.....	50
1.5. Principio de oportunidad	52
1.6. Principio de participación nacional	54
2. Márgenes de preferencias de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas	58
Capítulo tercero	63

Rol de los diferentes actores de la compra pública socialmente responsable	63
1. Normativa sobre la contratación pública en Ecuador.....	63
2. Rol de los organismos de control y regulación en la compra pública socialmente responsable	65
2.1. Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).....	65
2.2. Contraloría General del Estado	68
3. El rol de los proveedores del Estado en la compra pública socialmente responsable	69
3.1. Inclusión de género	71
3.2. Oportunidades laborales.....	73
3.3. Beneficios en los procesos de contratación pública para propender a futuro se logre incorporar la compra pública socialmente responsable en el Ecuador.....	75
Conclusiones	79
Bibliografía.....	81

Introducción

En el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador señala que las contrataciones públicas cumplirán criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, lo que incide en la política fiscal señalado artículo 286 que revela que las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable, y transparente, por lo que, la adecuada inversión pública concierne que en el marco de la contratación pública se incluyan diversos criterios en el campo social y ambiental que no han sido tomados en cuenta por los organismos institucionales para que la compra pública sea socialmente responsable y que 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 con un componente social y ambiental.

En el siguiente trabajo se hará un análisis del concepto de compra pública socialmente responsable, los componentes que giran alrededor de este precepto; consideraciones del gasto público; la revisión de la norma jurídica especialmente de los principios relevantes que se relaciona con la participación y el rol de los diversos actores en la compra y contratación pública socialmente responsable, ya que le corresponde al Estado dar un primer paso para promover la compra responsable en la elaboración del Plan Anual de Contrataciones de cada institución, a fin de que los proveedores entidades y autoridades de control sean corresponsables del cumplimiento y aplicación de la norma.

Sobre la base de mi estudio señalaré algunos criterios que permitirán que los diversos actores, en el entorno de la contratación pública, logren alcanzar objetivos económicos, inclusivos, sociales, ambientales, a fin optimizar los recursos del Estado en los procesos de contratación pública para propender a futuro se logre incorporar la compra pública socialmente responsable en el Ecuador.

Capítulo primero

Los tipos de compras del Estado y su incidencia con el sector privado

En este capítulo se revisará al objetivo del Estado y los diversos tipos de compras que realiza y su incidencia en el sector privado, en función del punto de vista de algunos autores que han hecho una clasificación de las compras públicas, ya que no existe un concepto universal para definir el proceso de adquisiciones públicas que tomen consideraciones que tiendan a incorporar términos sociales, ambientales, entre otros aspectos importantes. De este modo, dicha diferencia permitirá identificar si la compra representa una oportunidad para cambiar los patrones de consumo hacia modelos sustentables y promover el progreso social.

1. La contratación pública y el objetivo económico social y ambiental

Las adquisiciones, contrataciones o compras que realiza el Estado en el marco de la contratación pública han sido concebidas para satisfacer las necesidades colectivas por parte del gobierno central, en este sentido, Hernán Ordoñez Jaramillo, dice que “el objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración contratar; y el fin, el bienestar público”¹.

De acuerdo con el análisis realizado por el autor, a quien me adhiero en gran parte con su definición, ~~pues~~ la contratación pública no puede reducirse a una actividad económica en ~~trás~~ la búsqueda de la eficiencia económica, sino que debe considerar valores, principios y una potestad jurídica que correspondan al interés general, sin embargo, el motivo que induce a la compra no debe abarcar la adquisición de bienes o servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que a través de este institución jurídica se puede alcanzar los objetivos sociales en el Ecuador, para corroborar lo dicho recorro al criterio de Daniel Martínez Fons quien afirma lo siguiente:

La contratación pública no sólo es el instrumento para la ejecución de obras, establecimiento de servicios o prestación de suministros, sino que también presenta una gran potencialidad para incidir en las políticas económicas y sociales.

¹ Hernán Ordoñez Jaramillo, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Universidad Nacional de Loja, 1996), 3.

Por un lado, puede contribuir a alcanzar los objetivos sociales que se estimen prioritarios en cada momento. Y, por otro, goza también de un papel promocional, en la medida en que las prioridades de orden social señaladas en cada momento influyen decisivamente en los sujetos que actúan en el mercado.²

Este último criterio es fundamental para comprender el alcance del motivo y fin que justifica el objetivo público para que la administración pueda adquirir un bien o servicio, por medio de la contratación pública en donde se aborden criterios de índole social, que fomentan un modelo social como, por ejemplo: condiciones de trabajo dignas, igualdad de oportunidades, igualdad de género y exclusión social.

De hecho, Miguel Ángel Bernal, apuntala que el objetivo de la contratación pública “puede, y debe, ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos que compartan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”³, objetivo que permite un desarrollo sustentable, amigable con el ambiente, creando un mercado de competitividad en donde las empresas produzcan suministros de bienes y servicios innovadores que minimicen el impacto ambiental y mejoren la calidad de vida de la sociedad en el Ecuador.

Siendo esto así, el análisis podría concluir que la contratación pública es una herramienta jurídica indispensable para que la administración consiga alcanzar sus objetivos al servicio de la sociedad y, que puede y debe promover condiciones favorables para el progreso social económico y ambiental del Ecuador, pues su alto poder de compra representa una responsabilidad para hacer cumplir las normativas de orden laboral, las que abarquen el tema social y la oportunidad para apuntalar el desarrollo de un mercado de bienes y servicios sustentables, pues en la actualidad la tendencia en la contratación pública es la de incorporar criterios de calidad y sostenibilidad en vista de que es notable la ausencia de estos criterios explícitos en las contrataciones que realizan las instituciones, dejando evidente un desafío por erradicar la desigualdad social en nuestra sociedad.

² Daniel Martínez Fons, “Clausulas sociales, libre competencia y contratación pública”, *Taula d’entitats del Tercer Sector Social de Catalunya*, 2009, 8, http://www.tercersector.cat/sites/tercersector.cat/files/estudi_daniel_martinez_fons.pdf

³ Miguel Ángel Bernal Blay, “Hacia una contratación pública socialmente responsable”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (2008): 113, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5573370>.

2. Las compras socialmente responsables

Habiendo señalado el fin del Estado en la contratación pública es necesario analizar a las contrataciones públicas socialmente responsables, que fueron definidas por la Comisión Europea en el año 2011, ya que a efectos del presente trabajo se debe entender que la definición es aplicable pese a que estemos hablando solamente de la compra, y por tal razón se tomará como punto de partida dicha definición, que dice:

Las Contrataciones Públicas Socialmente Responsables (CPSR) fueron definidas como las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento de los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de Contratación.⁴

Estimo que estos criterios causarían un cambio radical en la forma contratar en el Ecuador, pues la percepción de años pasados en donde la contratación pública debía cumplir un fin específico para generar ingresos es añeja, ahora bien, sobre los aspectos sociales, María Bursaco Samper sostiene que “la concreción ulterior de estos propósitos es más bien tímida y debe reconocerse que los aspectos sociales no han merecido la misma atención que otros elementos razón que posiblemente explique sus todavía discretos resultados”⁵, a causa de que estos aspectos representan una problemática en función de su ubicación y alcance en los procedimientos de contratación.

En sentido complementario, Josep María Canyelles propone aumentar la transparencia en la gestión de la administración pública para “fomentar la cultura de ética pública, gestionar los impactos sociales, ambientales y económicos que se produjeran, y

⁴ Santiago Lesmes Zabalegi y Eulate Bada Álvarez de Leire, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable* (Bilbao: ReasEuskadi 2014), 7, http://base.socioeco.org/docs/guia_20reas.pdf

⁵ María Bursaco Samper, “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de los objetivos sociales”, *Revista de Economía pública, Social y Corporativa*, No. 86, (2016): 288, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5585459>

transmitir a la ciudadanía el compromiso de la administración con los valores éticos como principales inductores del fomento del buen gobierno en el sector público”⁶.

Con todo lo dicho, conviene indicar que la contratación o compra pública socialmente responsable es un proceso de cambio en el habitual sistema nacional de contratación en el Ecuador, pues hay que aprovechar el recurso público para incluir de forma transversal en las distintas etapas de contratación ciertos aspectos con un impacto social y ambiental que generaría mejores condiciones de vida a la comunidad. Cabe señalar que ser socialmente responsable implica un costo económico para los proveedores, y que también implica que al Estado le corresponde potencializar estos criterios y aplicar la normativa para que grupos prioritarios puedan participar en igualdad de condiciones cuando se convoque a un proceso de contratación.

Ana Cristina Moreno Peralta en su tesis de maestría en Derecho de la Contratación Pública, denominada: De la compra socialmente responsable a la inclusión en la contratación pública en el Ecuador, define el concepto de la compra pública socialmente responsable así:

La compra pública socialmente responsable (en adelante CPSR) es el conjunto de normativa y prácticas del Derecho Público mediante las cuales se regula la participación del estado (sic) como actor y regulador en la consecución de los objetivos de sostenibilidad ambiental, social y económica en el ámbito de la contratación pública. En efecto, las prácticas responsables no le corresponden únicamente al estado a través de los procesos de contratación, sino que el sector privado también debe asumir dichas prácticas, en cuyo caso el estado actúa como regulador y promotor de la CPSR.⁷

Analizando el concepto de la autora, a quien me adhiero en su definición, la compra pública socialmente responsable es el producto de un análisis pormenorizado referente a prioridades institucionales, consideraciones técnicas, criterios ambientales, laborales, y de inclusión social, que la administración pública determina para satisfacer las necesidades de los administrados, transformando así las condiciones de vida y condiciones productivas del país con la corresponsabilidad de los actores que componen el sistema económico

⁶ Josep María Canyelles, “Responsabilidad social de las administraciones públicas”, Revista de Contabilidad y dirección, Vol. 13, Barcelona (2011): 83, doi: https://newsletter.collaboratio.net/mm/File/es/Art.jmcanyelles_Nota_tecnica_Responsabilidad_social_de_las_administraciones_publicas_RSA.pdf

⁷ Ana Cristina Moreno Peralta. “De la compra socialmente responsable a la inclusión en la contratación pública en el Ecuador: Concepto de la compra pública socialmente responsable” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 11, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5828>.

ecuatoriano de coadyuvar a cumplir con las leyes laborales, tributarias, sociales y ambientales en el marco del derecho público.

El término *compra socialmente responsable* es relativamente nuevo en el Ecuador, estimo que las consideraciones antes mencionadas son apropiadas aplicarlas al entorno ecuatoriano, pues los conceptos proponen incorporar en las operaciones comerciales que realiza el Estado aspectos esenciales que permiten garantizar que la compra pública sea socialmente responsable y que ese planteamiento represente una oportunidad para cambiar los patrones de consumo hacia un modelo sustentable, que permita fomentar el suministro de bienes y servicios amigables con el ambiente y la incorporación de consideraciones sociales, dando así el rol al Estado la protección ambiental y el desarrollo económico y social mediante la contratación pública.

Otro punto destacado del análisis que antecede es lo relacionado con la responsabilidad, ya que las prácticas responsables no son atribuidas solamente a la administración central, sino que el sector privado la ha venido efectuando de manera voluntaria ante las preocupaciones sociales, ambientales y en sus relaciones con sus interlocutores, conceptualización que la revisaré adelante cuando aborde el tema en el desarrollo de este capítulo.

3. Responsabilidad social de la administración pública

La administración pública en la actualidad carece de confianza y credibilidad por parte de la ciudadanía, en especial por los casos de corrupción en la contratación pública que se han dado últimamente, por ejemplo el caso de Odebrecht, Petroecuador, Síngue, Petrochina, INAPapers⁸; sobre este tema se puede empezar por lo que dice Jaime Rodríguez Arana, para quien “la negociación sigue siendo una de las principales causas de la corrupción, pues no se respetan la publicidad y concurrencia”⁹, personalmente concuerdo con esa precisión, en la medida que la contratación pública es vulnerable ante el abuso de poder que

⁸ El Comercio, “20 Grandes casos están en proceso en Ecuador.”, *El Comercio*, 02 de diciembre de 2020,1 <https://www.elcomercio.com/actualidad/grandes-casos-corrupcion-ecuador-correismo.html>.

⁹ Jaime, Rodríguez Arana, “La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción”, *Revista de Derecho Económico y socioambiental*, Vol. 8, No. 1Curitiba / Programa de Pos-Grado en derecho de PUCRP, Janeiro (2017): 1, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172753>.

tienen ciertos funcionarios, permitiéndoles conseguir un provecho económico, dado que en la actualidad existen casos de altos funcionarios que han negociado grandes contratos de obra pública con empresas extranjeras a cambio de coimas para favorecer la adjudicación de un contrato.

Por esta mala práctica en la gestión de los intereses públicos, la lentitud burocrática en la capacidad de adaptarse y dar respuesta a los nuevos retos, entre otras prácticas desleales, Josep María Canyelles, plantea promover la responsabilidad social en la propia gestión de las administraciones públicas e instituciones estatales, con líneas de compromiso y desarrollo que han simplificado un conjunto de aspectos muy concretos como: la introducción de cláusulas sociales, la elaboración de códigos éticos y la publicación de memorias de sostenibilidad.

En relación con las cláusulas sociales, el autor sostiene que “en el caso de los procesos de contratación pública, podemos introducir criterios que pueden hacer referencia a: Inclusividad laboral; Calidad de condiciones laborales; Sostenibilidad ambiental; Solidaridad territorial; Gestión ética de las entidades”¹⁰.

En esta línea de pensamiento, sobre clausulas sociales, Juan Bernete García, señala que “las disquisiciones sobre la legalidad de las cláusulas sociales es un asunto del pasado, la rigidez por parte de algunos organismos, cuando no de oposición, carecen ya de sentido y es necesario avanzar de modo progresivo para que nuestras administraciones públicas utilicen sus contratos como eficaces instrumentos de lucha contra la exclusión social”¹¹.

El resultado de esta apreciación es que ayuda a fomentar la corresponsabilidad legal entre las partes, fomenta la credibilidad de la administración pública que las introduce ante la ciudadanía, mejora la calidad de vida del territorio, fomenta la competitividad privada y fortalece la responsabilidad empresarial.

Por lo contrario, para María Burzaco Samper, la inserción de criterios sociales y ambientales ha sido la búsqueda de la cuadratura del círculo, ya que:

¹⁰ Josep María Canyelles, “Responsabilidad social de las administraciones públicas”, Revista de Contabilidad y dirección, Vol. 13, Barcelona (2011): 95, doi: https://newsletter.collaboratio.net/mm/File/es/Art.jmcanyelles_Nota_tecnica_Responsabilidad_social_de_las_administraciones_publicas_RSA.pdf

¹¹ Juan Benete García, “Cláusulas sociales en la contratación pública: instrumento para el fomento de empleo a nivel local, Vol. 8, No. 1 Curitiba / Programa de Pos-Grado en derecho de PUCRP, Janeiro (2017): 1, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172753>.

- a) Por un lado, como criterios de adjudicación incumplían más de las veces los requisitos de validez de aquellos, singularmente la vinculación del objeto del contrato.
- b) Por otro, porque, la ubicación, en vista de la supuesta maleabilidad de los aspectos sociales y ambientales habilitaba su inserción en diferentes puntos del contrato, pero llegando a su concreción, los obstáculos eran siempre los mismos o muy similares.
- c) La amplitud misma de la noción “social” y “ambiental” no siempre ha juzgado en beneficio de su potencial papel e, incluso, ha tenido un efecto perturbador cuando se ha entrecruzado con el componente competencial
- d) No puede desconocerse que la opinión favorable a la inclusión de criterios de este tipo no es unánime o, cuando menos, se matiza, bien por entender que se introducen variables que ponen en riesgos resultados económicos óptimos, bien que olvidan otros bienes de interés general cuya tutela también es atendible.¹²

En el Ecuador, la corresponsabilidad legal se puede evidenciar en el modelo de pliego, específicamente en las condiciones generales de los contratos de obra o de consultoría, establecido por el SERCOP, en el cual se dispone la siguiente cláusula que a mi criterio no debe ser reformada, ni modificada por las entidades contratantes.

V. CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE BIENES Y/O SERVICIOS Cláusula Quinta. - OTRAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

5.5 El contratista se obliga al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo y en la Ley del Seguro Social Obligatorio, adquiriendo, respecto de sus trabajadores, la calidad de patrono, sin que la contratante tenga responsabilidad alguna por tales cargas, ni relación con el personal que labore en la ejecución del contrato, ni con el personal de la subcontratista.¹³

Cláusula administrativa que es determinante en los contratos públicos y que promueve un empleo con énfasis en la obligación del contratista a enrolar a su trabajador al seguro social y entregarle a cambio de su fuerza de trabajo una remuneración, según lo establecido por la normativa laboral. Cabe señalar que esta disposición dirigida al contratista genera un vínculo contractual con su trabajador, no así la entidad contratante, en vista de que el vínculo contractual directo de la institución pública es con el proveedor adjudicado.

Pese a que esta cláusula arriba mencionada parece muy básica lo que hace es precautelar que los contratistas no evadan su responsabilidad y obligación del cumplimiento de la normativa. A continuación, se presentan ejemplos en donde el sector privado como el

¹² Alonso Toimón; María, Burzaco Samper, “Contratación pública: Los criterios de adjudicación”, DYKINSON. Madrid (2018): 154-155.

¹³ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, “Modelo de pliego de los procedimientos de contratación de bienes y/o servicios: Versión SERCOP 2.1, 2017”, *Servicio Nacional de Contratación Pública*, 2017, 5, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/menor_cuantia.

sector público brindan escasas oportunidades de empleo a través de diversas formas para evadir la responsabilidad contractual y por lo tanto la violación de los derechos sociales y laborales en la contratación pública, lo que pone en riesgo la compra.

Es así como, en la Resolución No 4395 de 12 de julio de 2013, emitida por el Contralor General del Estado, suscrita por el Dr. Gabriel Varela Núñez, Director de Responsabilidades, Subrogante, referente al Examen Especial DIAPA-0013-2017 practicado al proceso de contratación y ejecución de varios proyectos a cargo del Ilustre Municipalidad de San Miguel de los Bancos, provincia de Pichincha, por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 2012.

Se determinó una glosa por un total de 3.475,66 USD en contra de los señores Cesar Danilo Murcia Romo en calidad de contratistas y a Rober Migher Vargas Benalcázar en calidad de fiscalizador de obra, como se desprende del acto administrativo del Contralor General del Estado:

Se beneficiaron de los rubros contractuales no devengados, correspondientes a “Alimentación” y “Estadía” de los contratos 9, 11,12 y 14 pagos injustificados que fueron autorizados por la fiscalización. Al respecto, el contratista no utilizó en obra el número de trabajadores estipulado en los contratos y más bien utilizó moradores de la Comunidad, que colaboraron gratuitamente en la ejecución de las obras, facilitando varias personas (albañiles y peones), sin ningún costo por el contratista, a pesar de ser un rubro contractual pagado.¹⁴

En este caso, se denotan dos de varias prácticas desleales que los contratistas realizan para cobrar rubros que no han sido justificados, como es la señalada en el cobro de alimentación y estadía; y la segunda que implica el incumplimiento de lo establecido en el contrato al no utilizar en la obra el número de obreros propuesto, es decir, la obra debía ejecutarse con 10 trabajadores (2 albañiles y 8 peones) y no con siete trabajadores.

Sin embargo, de lo antes dicho, la fiscalización aprobó el cobro de esos rubros, beneficiándose así al contratista por rubros contractuales que no fueron devengados, pues, como resultado del examen especial realizado por el ente de control, tanto los contratistas y fiscalizador pagarán una glosa en compensación por el perjuicio causado al Estado.

Por lo contrario, en el siguiente caso el Estado ecuatoriano causa un perjuicio al sector empresarial, al encontrarse en mora con la empresa proveedora contratada, en vista de que el

¹⁴ Ecuador Contraloría General del Estado, *Resolución No. 4395*, Examen Especial DIAPA-0013-2017, 12 de julio de 2013, Considerando I.

Fisco no cuenta con el dinero necesario para cancelar a sus proveedores. Es el caso de dos empresas que se han visto afectadas:

La empresa COMSUPPLIES, que provee suministros de computación y que hasta el presente año acumula facturas por USD 550.000 que no han sido pagadas por el Estado. Los retrasos ocurren pese a que en los contratos se especificó que el pago debía hacerse al entregar el producto. La empresa FERROMEDICA, que reclama facturas pendientes, por la falta de pago que generó problemas de liquidez en esta compañía, lo cual obligó a reducir la nómina en un 5%.¹⁵

En ese contexto, se debe recordar lo dicho por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, que “el empleo es la fuente principal de ingreso y la base de subsistencia del ser humano”¹⁶. Ingreso que en el ámbito de la contratación pública es proporcionado por el Estado ecuatoriano a cambio del trabajo, pero cuando existe un mal manejo de esta fuente principal de ingresos por parte de este, sin lugar a duda ocasiona perjuicios económicos que se reflejan en la falta de obra pública, y la mala o nada generación de empleo, con un alto crecimiento de la corrupción por la práctica de conductas impropias.

Como se podrá notar, en la práctica tanto el sector privado como el Estado podrían no estar cumpliendo a cabalidad con la compra pública socialmente responsable, pues existen diversas formas para evadir la responsabilidad contractual, mientras no exista la voluntad de que todos los actores de la contratación pública en el Ecuador para que se conviertan en aliados estratégicos del sistema y ejercer nuestro derecho al control del poder público, existirán contratistas que a causa de su codicia no brinden oportunidades de empleo a los trabajadores, salarios dignos, trabajo igualitario, y que el Estado por causa de la falta de presupuesto no puedan pagar a las pequeñas unidades productivas.

¹⁵ El Comercio, “Proveedores deben esperar hasta mayo del 2019 por los pagos”, *El Comercio*, 31 de enero de 2019, 1 <https://www.elcomercio.com/actualidad/proveedores-ecuador-pagos-finanzas-protestas.html>.

¹⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “La calidad de empleo en América Latina”, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 14 CEPAL, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5341/1/S2011956_es.pdf.

4. Las compras sustentables

Partiendo del hecho de que el Estado es el mayor comprador de bienes y servicios, se ha visto la necesidad de considerar a las *compras sustentables* dentro de esta investigación como: “todo proceso que siguen las organizaciones para satisfacer sus necesidades de bienes, servicios, trabajo e insumos de manera que obtengan valor por su dinero sobre la base del ciclo de vida, con la finalidad de generar beneficios para la institución, para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimiza el impacto sobre el ambiente”¹⁷.

Esto significaría poder identificar sobre la oportunidad y conveniencia de utilizar a las compras públicas como una herramienta para el desarrollo sustentable o producción más limpia, e incorporar aquellos aspectos que generan problemas y que impactan de manera directa en el entorno humano, social y ambiental.

A ese concepto de compras sustentables habré de sumar ciertos aspectos que el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, considera necesario tomar en cuenta como: “precio, calidad, disponibilidad, funcionalidad; efectos ambientales que un producto o servicio tiene a través de todo su ciclo de vida; el ciclo de vida completo de los productos; efectos sociales vinculados a temas como la erradicación de la pobreza, equidad internacional en la distribución de recursos, condiciones laborales, derechos humanos etc”¹⁸.

En ese contexto, las compras sustentables son un medio para que el gobierno central pueda alcanzar políticas de desarrollo sustentable con un cuidado con el ambiente y un crecimiento de la economía interna; una oportunidad para que todas las instituciones públicas puedan implementar campañas de contratación pública de obras y servicios que incluyan productos amigables con el ambiente que permitan el ahorro de recursos naturales y el uso de recursos renovables, el uso de materiales reciclados, uso de productos de larga vida, entre otras consideraciones ambientales que benefician a la sociedad.

¹⁷ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”, SELA, 01 de enero de 2020, pág. 18 <https://es.scribd.com/document/340735489/Las-Compras-Publicas-Como-Herramienta-de-Desarrollo-en-Alc-2015>.

¹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Compras públicas sustentables en el MERCOSUR”, PNUMA, 01 de enero de 2020, pág. 29-30 <http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>

Sobre este particular, Marcelo Luis Capello afirma que existen varios factores que enfrentan los gobiernos de América Latina a la hora de diseñar políticas de compras públicas sustentables, ya que “el precio de los bienes o servicios que cumplan con criterios de sustentabilidad es superior al de los bienes convencionales”¹⁹.

Este factor es determinante e importante en este estudio, en vista de que efectivamente en el mercado hay rubros que contienen criterios de sustentabilidad que tienen un alto precio, en ese sentido, el gobierno central deberá implementar políticas económicas y tributarias para que estos productos sean accesibles para los proveedores, es decir reducir de manera gradual el valor de ciertos insumos y así evitar un desinterés de los proveedores a la hora de plantear una propuesta ambiental sustentable en contratación, caso contrario se pone en riesgo la compra pública socialmente responsable en el país, pues la introducción de estos criterios debe relacionarse con la responsabilidad del propio gobierno que va más allá del solo hecho de seleccionar los bienes que contengan materiales reciclados, de eficiencia energética, o que esos bienes contengan procesos productivos que cumplan con leyes laborales, sino que la responsabilidad trasciende a que el proveedor seleccionado debe de cumplir con estándares en materia social y ambiental. Otros obstáculos que resulta interesante destacar como impedimentos relevados por el Grupo de Trabajo en Compras Públicas Sustentables en el Reino Unido son los siguientes:

Oferta insuficiente: como las compras públicas sustentables se basan en normas innovadoras, puede resultar difícil encontrar a los proveedores en condiciones de proporcionar los bienes o servicios necesarios. La investigación del mercado y el intercambio de información con otras autoridades locales, son alternativas para superar estas dificultades.

Fallas en la implementación: un alto nivel de compromiso con los objetivos nacionales no siempre es garantía de una implementación exitosa. Dentro del proceso pueden observarse fallas debido a la poca comprensión de los requisitos de sustentabilidad incorporados en las compras públicas, propio de la diferencia entre la política y la práctica. En ese sentido, es posible desarrollar herramientas y metodologías de fácil implementación que permitan realizar las compras públicas sustentables de manera eficiente.

Dilución de las políticas: El compromiso de políticas y objetivos específicos sobre compras públicas sustentables puede ser diluido en los departamentos de compras públicas y contrataciones. En esta fase del proceso, los aspectos de sustentabilidad a menudo se pierden y el mejor valor es el traducido en “el precio más bajo”. Para ello, será necesario desarrollar

¹⁹ Marcelo Luis Capello, “Gasto público eficiente: Propuestas para un mejoramiento en los sistemas de compras y contrataciones gubernamentales”, *Revista Actualidad Económica*, abril de (2015):11. doi: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=Marcelo+Luis

herramientas técnicas que permitan a los compradores incorporar criterios de sustentabilidad en cualquiera de las instancias del proceso de compras.²⁰

Las barreras antes enunciadas resultan ser un obstáculo para los proveedores del Estado a la hora de contratar, ya que se requiere de un compromiso político para entender los beneficios adquiridos por la compra sustentable en función de los bienes o servicios considerados. Cabe mencionar a la experiencia en Chile que permitió generar un mecanismo de compras públicas sustentables que consiste “en que cada uno de los proveedores puede ir demostrando certificaciones de calidad en sus procesos de producción o en calidad de sus productos y las mismas resulten visibles en el sistema de compras que los evalúa como potenciales proveedores”²¹.

De hecho se puede emular la experiencia en ese país que generarían ganancias económicas a largo plazo para el arca fiscal cuando se realice la adquisición de insumos que utilizan productos menos contaminantes una vez que los proveedores hayan podido certificar sus productos; cuando los operadores del portal de compras públicas puedan superar el desconocimiento de la capacidad técnica y jurídica para aplicar en sus pliegos de contratación términos sociales, ambientales laborales, económicos; y finalmente cuando se difunda la importancia del tema planteado para que exista interacción entre los actores involucrados en los procesos de contratación pública.

Por último, el sistema de compras públicas sustentables no debería ser complejo pues su implementación requiere del acceso a los cuerpos legales existentes en el país, en vista de que la norma supletoria podría establecer aspectos de sustentabilidad que pueden fomentar la provisión de bienes o servicios en condiciones sustentables, y es allí donde el Estado debe de adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento a futuro y mejoren la eficiencia y calidad de los servicios públicos generando ventajas económicas, medioambientales y sociales e incrementando el crecimiento económico sostenible.

²⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente , “Compras públicas sustentables en el MERCOSUR”, PNUMA, 01 de enero de 2020, pág. 35 <http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>

²¹ Marcelo Luis Capello, “Gasto público eficiente: Propuestas para un mejoramiento en los sistemas de compras y contrataciones gubernamentales”, Revista Actualidad Económica, abril de (2015):12. doi: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=Marcelo+Luis

5. Las compras verdes socialmente responsables

Las compras verdes socialmente responsables se caracterizan por la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en las decisiones de compra y contrataciones tanto en el ámbito de las administraciones públicas como en el ámbito de las empresas, en ese contexto la herramienta para el desarrollo sostenible son las adquisiciones de productos y servicios “respetuosos con el medio ambiente, que durante su ciclo de vida ofrecen el nivel de calidad del servicio adecuado generando un impacto ambiental global menor, que requieren de menos recursos que reducen la generación de residuos y emisiones, no contienen elementos tóxicos, facilitan su posterior reciclaje e incorporan materiales reciclados”²².

El desarrollo económico sostenible conlleva el compromiso por parte del Estado y del sector privado para actuar responsablemente frente al medio ambiente para “asegura[r] la conservación del hombre y de los demás seres vivos como especies”²³, y así mitigar el cambio climático que es un problema en la actualidad mundial. Es así como, la Unión Europea afirma que las compras verdes socialmente responsables se “transforman en un modelo de producción que mitigan el cambio climático en el mundo, pues este modelo puede crear empleo seguro en Europa”²⁴. Estimo que este tipo de economía exige el cuidado de medio ambiente y como resultado de ello la generación de empleos verdes, denominados así por la Organización Internacional del Trabajo.

Los empleos verdes son aquellos “empleos decentes que contribuyen a preservar y a restaurar el medio ambiente, y se desarrollan tanto en sectores tradicionales (como el sector manufacturero o la construcción) como en nuevos sectores emergentes, tales como los ligados a las energías renovables o a la eficiencia energética”²⁵.

Aprecio que estas prácticas en materia ambiental, social, económica y especialmente laboral europea se deben replicar en distintos sectores productivos de la construcción y

²² Ecoembes, “Las compras verdes y socialmente responsables, tanto en el ámbito público como en el privado, son una herramienta esencial para lograr un desarrollo sostenible”, Ecoembes, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 3, <https://www.ecoembes.com/es/administraciones/compras-verdes>.

²³ María del Carmen García, “La participación pública en temas ambientales”, en *un fallo del Superior Tribunal de justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala No. 1 de lo Penal, Revista de Derecho Público*, 1ª ed., (2009):34 doi: <http://www.rubinzal.com.ar/libros/derecho-ambiental--i/3409/>.

²⁴ *Ibíd.*, 6.

²⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Indicadores de producción verde: Una guía para avanzar hacia el desarrollo sostenible”, CEPAL, 01 de febrero de 2017, 50 http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40967/S1700065_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

artesanal, ya que el Estado es quien deberá promover las compras verdes y por lo tanto el empleo verde a nivel nacional al momento de adjudicar contratos a empresas privadas que adopten medidas que protejan el ambiente, la inserción socio laboral, el comercio justo o el empleo de calidad para impulsar una economía verde ecuatoriana.

La comunidad internacional reconoce el potencial de una economía verde como un mecanismo para superar las crisis mundiales, en el 2009 el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente definió a la economía verde como: “una economía que resulta en mayor bienestar humano y equidad social, al mismo tiempo que reduce significativamente los riesgos medioambientales y la escasez ecológica”²⁶.

Definitivamente la implementación de un modelo de economía verde exige cambios que conlleven incentivos económicos a las empresas y la instauración de políticas dirigidas a un desarrollo sostenible con un “crecimiento económico en beneficio del progreso social desde el respeto al medio ambiente; junto con una política social y ambiental que impulse la economía de una forma eficaz y competitiva”²⁷, tratando de garantizar una mejor calidad de vida para la población actual y futura.

Sobre este particular, en el Ecuador la normativa auxiliar emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, indica que se debe “propender a comprar bienes que sean amigables con el ambiente, que su manufactura no implique la utilización de energías nocivas al ecosistema, sino que estas deben provenir de las energías renovables y limpias, para con ello incluso cumplir con el objetivo nacional de cambio de la Matriz Productiva”²⁸.

Este cuerpo legal es aplicado por las instituciones públicas y constituye una buena práctica en contratación de tal modo que los efectos de la práctica responsable en la compra serán compatibles el Plan nacional de Desarrollo 2017-2021, mismo que permitirá dinamizar la economía ecuatoriana a una economía verde amigable con el ambiente y como resultado la generación de empleos verdes.

Finalmente, las compras verdes socialmente responsables se resumen en satisfacer las necesidades de las sociedades actuales, pero sin afectar los ecosistemas naturales y la calidad

²⁶ *Ibíd.*, 11.

²⁷ Jordi Morros Ribera e Isabel Vidal Martínez, *Responsabilidad Social, Sostenibilidad. GRI E ISO 26000* (Madrid: Fundación CONFEMETA, 2014), 17.

²⁸ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015* (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015), 5.

del ambiente de las generaciones futuras cuando se efectúan procesos de contratación, por lo tanto, las compras verdes socialmente responsables son una herramienta para lograr objetivos ambientales tanto del sector público como del privado, y que de paso pueden generar condiciones laborales como empleos verdes en el sector de la construcción encaminándolo al crecimiento económico verde; con lo antes dicho una compra verde responsable propende por la incorporación de requerimientos medioambientales en las adquisiciones de suministros, obras, bienes y servicios, como es el caso de la eficiencia energética o el empleo de energías renovables, con lo que se dinamiza la economía como un mecanismo responsable para propender a que la compra sea socialmente responsable.

6. La responsabilidad empresarial

La responsabilidad empresarial se enmarca en el derecho privado, generalmente va encaminada a contribuir con acciones en favor de la sociedad y el cuidado con el ambiente que nos rodea. Paladino define al concepto de responsabilidad social empresarial como:

La empresa para definirse como socialmente responsable debe en su filosofía de gestión formular y poner en práctica acciones efectivas en materia social, con lo cual se vislumbre la relación entre productividad, comunidad y medio ambiente. Visto de esta forma la empresa dejaría de ser un ente individualista para convertirse en una institución colectiva, dialéctica y responsable con su entorno.²⁹

En ese sentido, la responsabilidad empresarial se la puede definir como aquellas operaciones de contratación en el ámbito privado realizadas con impacto positivo social y cuyas áreas de acción son la inclusión social y la protección al ambiente como puntos más relevantes de esta definición.

En el año 2001, la Comisión Europea planteó una concepción de la responsabilidad social empresarial como: “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”³⁰.

²⁹ Paladino, M, *La comunicación de la responsabilidad de la empresa en la sociedad: ¿hacer o parecer?* (Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2006) 83.

³⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, *Fomentar un Marco Europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas*, (Brúcelas: Libro verde: Comisión de las Comunidades Europeas 2001) 7,

Esta definición se basa en tres elementos esenciales, el primero es la *voluntad empresarial*, que conlleva a la libertad de la empresa para tomar sus propias decisiones para que la responsabilidad social empresarial sea practicada en el sector privado. El segundo es el *desarrollo sostenible*, que debe ser concebido de manera integral por los diversos actores que practican una actividad empresarial, pues el mecanismo de apoyo para el desarrollo de acciones de responsabilidad social empresarial debe enfocarse en el impacto social, medioambiental y económico. El tercero es la *relación con grupos empresariales*, que permita desarrollar la cultura ética empresarial, valores de honestidad universal, transparencia en sus procesos de contratación y ética empresarial.

Se evidencia que en las definiciones presentadas el objetivo empresarial va encaminado a contribuir con acciones en favor de la sociedad y acciones relacionadas con el ambiente que principalmente nacen desde la voluntad empresarial para que en sus relaciones empresariales se implementen políticas vitales para el desarrollo económico y social y ambiental.

En teoría se vislumbra para la empresa privada la obligación de realizar su producción y contratar mano de obra de bienes o servicios, buscando una inclusión de la comunidad y el desarrollo de esta, a través de una gestión empresarial eficiente. Pero surge la duda, ¿Cuándo realmente una empresa cumple con su responsabilidad social?

Una empresa cumple con su responsabilidad social, cuando en su interior se construyen objetivos de igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres, diálogos para la seguridad en el trabajo y la protección social para las familias, comunicaciones que garanticen y promuevan las metas organizacionales de personal e integración a la sociedad, para que la empresa reflexione sobre sus objetivos sociales, laborales y ambientales que beneficiarán en el presente y futuro a un colectivo. En ese contexto, Consuelo Gonzales Rodríguez, indica que las empresas socialmente responsables tienen diferentes campos de acción, entre las principales encontramos las siguientes:

El entorno social.- el primer campo en el que puede influir la de RSE, es en el ámbito *laboral*, en donde la empresa debe contemplar el bienestar y satisfacción de sus empleados; procurar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; ofrecer un marco de flexibilidad laboral; brindar condiciones que no afecten la salud y seguridad de los trabajadores; fomentar

la formación y el desarrollo profesional; otorgar programas de apoyo con prestaciones y considerar procesos de consulta y participación de todo el personal involucrado en el desarrollo de la empresa.

El *entorno económico*. - se refiere al mercado al que la empresa dirige sus acciones, esto es, el marco general en el que desarrolla su actividad. Las acciones de Responsabilidad Social deberán tener en cuenta los derechos de los consumidores, establecer precios justos, otorgar información transparente de su actividad, y la implicación responsable de sus proveedores.

El *entorno medioambiental*. - La empresa puede influir en el cuidado del medio ambiente, con responsabilidad social sí va más allá del cumplimiento de la legislación vigente, además, debe tener presente aspectos relativos a la gestión de residuos, a las características de los envases y embalajes, al reciclaje de todos sus desechos, al transporte de mercancías y al consumo responsable de energía³¹. (Énfasis añadidos)

La primera área de acción que influye de manera transversal en el desarrollo de la empresa y su responsabilidad es el entorno social cuyo campo de acción es el ámbito laboral que garantiza a sus empleados el bienestar y satisfacción del trabajo decente que fue definido por la Organización Internacional del Trabajo y que su campo de acción permite el reconocimiento de la responsabilidad empresarial.

En ese sentido, creo conveniente traer a colación la definición del trabajo decente, porque nos permite entender su significado y los verdaderos componentes que giran alrededor de este precepto que aportan a entender la responsabilidad social como eje de estudio de esta materia.

Trabajo decente. - Aquel que sintetiza las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.³²

El trabajo decente se ha cualificado con estos criterios, ya que es importante denotar que sin estos componentes, el trabajo decente dejaría de ser un instrumento que permita crecer a la población en el Ecuador, pues estos elementos permite a las empresas prosperar económicamente y por ende el incremento del empleo acrecienta, generando más ingresos y beneficios los cuales cambian las condiciones de vida de una sociedad en donde la compra

³¹ Consuelo Gonzales Rodríguez, “Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional”, *Revista Economía Informa* No. 366 (2011): 61-62, doi: <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/366/08consuelo.pdf>.

³² Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo decente en los países andinos”. *OIT*, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 1 <https://www.ilo.org/lima/temas/trabajo-decente/lang--es/index.htm>.

socialmente responsable los puede y debe promover para que sean incorporados en los procesos de contratación.

Sobre esa línea de pensamiento en la década de los 90, Juan Somavía, el entonces Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido al trabajo decente “caracterizado por cuatro objetivos estratégicos como los derechos en el trabajo; las oportunidades de empleo; la protección social; y el diálogo social”³³.

Encontramos que en el año 1990 el trabajo decente descansa en cuatro pilares que se basan en los derechos intransferibles del trabajador y el pleno derecho de toda persona al trabajo como un deber social y económico que construye una sociedad incluyente por medio del dialogo; las oportunidades de empleo que son aquellos instantes propicios para obtener un trabajo adecuado en cualquier ámbito dependiendo de la capacidad profesional que tenga la persona con el objetivo de mejorar su situación laboral y económica para que sean incorporadas en la normativa laboral y en políticas de estrategias para el desarrollo económico.

Un punto importante y que contribuye a este estudio trata sobre la voluntad empresarial relacionada con el campo laboral, pues existen buenas prácticas y aspectos claves del voluntariado corporativo para el desarrollo económico promovido por Carrefour y CODESPA en Ecuador, a través de un proyecto denominado *Comercio solidario*, que consiste en la siguiente operación comercial:

Empresas como MCCH y Camari compran los productos a agricultores de escasos recursos del país y les facilitan a su vez, un espacio para su transformación antes del lanzamiento al mercado. Comprobando que ya existía este sistema de distribución, las entidades promotoras observaron que había un mercado muy importante de inmigrantes ecuatorianos en España que consumían productos importados típicos de su país de origen y que no se producen en España, conocidos como “productos nostálgicos”. Conjugaron estas dos realidades y lograron establecer un lazo entre las comercializadoras solidarias y la propia empresa Carrefour.³⁴

³³ Organización Internacional del Trabajo, *El Trabajo decente. Una Lucha por la dignidad humana* (Los Ángeles, Estados Unidos: Organización Internacional del Trabajo, 1999), 14 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf.

³⁴ Pérez, María Jesús, *Voluntariado Corporativo para el Desarrollo, Una herramienta estratégica para integrar empresa y empleados en la lucha contra la pobreza. Responsabilidad Social Corporativa global y Voluntariado Corporativo para el Desarrollo* (Brucelas: CODEPSA, 2012) 28.

Estas empresas se podrían catalogar como ~~son~~ socialmente responsables, pues fortalecen el entorno social y permiten “satisfacer la demanda de los clientes y gestionar, al mismo tiempo, las expectativas de otras partes interesadas: los trabajadores, proveedores y la comunidad de su entorno”³⁵, ya que este ejemplo representa un desarrollo económico para el mercado nacional e internacional, en vista de que ciertos productos que los migrantes ecuatorianos desean consumir que no se encuentran en el extranjero, y efectivamente traen nostalgia al ecuatoriano al no poderlos adquirirlos en el país donde están trabajando. Es una magnífica propuesta de hacer que las empresas nacionales o extranjeras empiecen realizar estas prácticas de responsabilidad social empresarial promoviendo el empleo, estabilidad laboral el progreso de iniciativas que generen el bienestar de la sociedad.

La segunda área de acción es el mercado empresarial donde se desarrolla la actividad económica, tomando en cuenta el derecho que le asiste a la empresa, la atención de demandas de los consumidores, y el pago por el precio justo por sus productos o servicios a los proveedores.

La tercera y última área de acción es el entorno ambiental ya que la empresa puede influir en el cuidado del ambiente con responsabilidad social, un claro ejemplo se dio con los empleados de la empresa E.ON quienes abogaron por el ahorro de energía y la reducción de residuos en todas las instalaciones de la empresa.

Resulta que los empleados animaron a otros compañeros a ser más responsables con el medio ambiente en su puesto de trabajo mediante un cambio en su comportamiento del día a día. Estos “líderes medioambientales” de E.ON aumentaron sus competencias como consultores internos en tal medida que fueron capaces de aplicar sus servicios a la comunidad, como por ejemplo asesorando a colegios sobre ahorro de energía y reducción de consumo energético. Los colegios se beneficiaron de un ahorro en costes y de cambiar su gestión hacia un enfoque de sostenibilidad para el futuro. Por su parte los empleados se beneficiaron de la satisfacción personal de haber logrado un impacto real y medible en su propia empresa y comunidad. Aumentaron su compromiso y habilidades como consultores y, al contar con sus historias con gran orgullo, motivaron a más compañeros a participar.³⁶

³⁵ Consuelo Gonzales Rodríguez, “Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional”, *Revista Economía Informa* No. 366 (2011): 60-61, doi: <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/366/08consuelo.pdf>.

³⁶ Scheubel, Verónica, Voluntariado Corporativo para el Desarrollo, Una herramienta estratégica para integrar empresa y empleados en la lucha contra la pobreza. Entender las fronteras permeables (Brucelas: CODEPSA, 2012) 281.

Mediante esta práctica se considera que la responsabilidad social empresarial es un proceso en donde participa cada persona y cada empresa con su propia manera de aplicar este precepto amigable con el ambiente en las actividades cotidianas, es así como se puede decir que se contribuye al desarrollo sostenible ambiental.

Por otro lado, se conoce que en el Ecuador se ha iniciado la aplicación nacional de la Norma ISO 26000 sobre responsabilidad social, que involucra acatar la normativa y cualquier otro requisito legal relacionado con buenas prácticas empresariales y sociales para el mantenimiento sostenible; es el caso del Municipio de Quito que adoptó estos lineamientos y, por parte del sector privado el “Banco del Pichincha y otras empresas realizan colaboración con prácticas de responsabilidad empresarial como el desarrollo local, becas a docentes de educación popular, emprendimiento microempresarial, inclusión educativa para personas que han abandonado sus estudios, donaciones, voluntariado corporativo en escuelas de bajos recursos, ancianatos y orfanatos, conservación del medio”³⁷.

Como resultado de lo antes dicho, encontramos que el sector privado cuando se propone practicar la responsabilidad social en su máxima expresión el gran beneficiario es la comunidad con consecuencias satisfactorias que contribuyen al desarrollo productivo y económico del país, ya que cumple con las obligaciones sociales, ambientales y jurídicas y los beneficiarios somos todos con menos empresas individualistas y más bien con más instituciones colectivas preocupadas por la inclusión social, laboral y ambiental.

7. Consideraciones sobre el gasto público en la contratación pública

La contratación pública en el Ecuador representó el “20,1% del Presupuesto General del Estado y el 6,4% del Producto Interno Bruto”³⁸, punto de partida que permitirá promover en la actualidad la eficiencia en la forma de contratar como en América latina y el Caribe para verla como “un enfoque multicriterio en el que, en adición al precio, son considerados criterios de calidad y sostenibilidad (económicos, ambientales y sociales)”³⁹ y obtener los

³⁷ Ekos, “Responsabilidad Social de los grupos económicos del Ecuador”, *Ekos*, 02 de marzo de 2012, 1 <https://www.ekosnegocios.com/articulo/responsabilidad-social-de-los-grupos-economicos-del-ecuador>.

³⁸ Servicio Nacional de Contratación Pública, Informe de Rendición de Cuentas 2018, Quito, 2018.

³⁹ Efraim Jiménez y María Eugenia Roca, “Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe, BID, 01 de noviembre de 2017, 1

mejores resultados “con el mayor ahorro de costos y el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros”⁴⁰, acorde con el Plan Nacional de Desarrollo del país.

Según el estudio realizado por Efraim Jiménez y María Eugenia Roca del Banco Interamericano de Desarrollo, se han identificado algunas tendencias en compras públicas que promueven marcos de contratación más flexibles con el fin de incorporar métodos adicionales a los tradicionales como: “(a) la presencia y madurez de los órganos reguladores de la contratación pública; (b) el uso de tecnologías de la información; (c) las mejoras en el control y supervisión de las contrataciones públicas; y (d) la creciente demanda por establecer participaciones o asociaciones público-privadas (APP)”⁴¹ para que las compras públicas sean eficaces y eficientes.

Estas metodologías en Ecuador se podrían aplicar a contrataciones de gran envergadura y complejas en su implementación constructiva, ya que conllevaría ventajas técnicas a la oferta como una ponderación considerable en rubros y precios que inserten consideraciones ambientales o sociales, lo que marcaría una nueva manera de hacer contratación pública a la hora de evaluar la capacidad técnica de un proveedor.

En todo caso, le corresponde al Estado fortalecer aún más las políticas públicas que tiendan a la promoción de la responsabilidad del gasto; la inclusión de la industria local; la participación de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas; y la inclusión de criterios sociales que deberá estar alineado con el artículo 286 de la Constitución ecuatoriana, que dice: “se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente y procurarán la estabilidad económica”⁴² y que se vincula con las finanzas públicas en todos los niveles de gobierno. En relación con estos componentes de las finanzas públicas y su incidencia en la compra y contratación pública responsable, la docente Eddy De La Guerra señala que:

La compra pública debe de ser no solo sostenible, sino además responsable, ya que los criterios de responsabilidad son determinantes para que la compra pública sea CPSR; pues en esta línea de pensamiento, el presupuesto general del Estado es un instrumento de planificación de suma importancia, pues puede y debe incluir criterios de compra pública

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Innovaci%C3%B3n-en-los-m%C3%A9todos-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Casos-de-estudio.pdf>

⁴⁰ Servicio Nacional de Contratación Pública. “Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador, 40.

⁴¹ *Ibíd.* 1.

⁴² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.286.

socialmente responsables, que permitan realizar erogaciones productivas tanto a nivel económico, como a nivel social.⁴³

Me adhiero a este análisis, ya que los criterios de responsabilidad deben nacer de las políticas públicas que son instrumentos que permiten al Estado, garantizar los derechos humanos y ambientales, vinculando las necesidades sociales para eliminar inequidades. Esta directriz general que refleja la prioridad y voluntad política del gobierno de turno cumple con la finalidad de articular los instrumentos de planificación en los distintos niveles de la política pública que nacen del Plan Nacional de Desarrollo. De ahí que Marcelo Luis Capello, plantea la importancia de una adecuada gestión de compras públicas:

Lo importante es que las políticas que sean instrumentadas gocen de consenso social, favorezcan la participación ciudadana y promuevan un más eficiente y transparente gasto público. Bajo estas consideraciones, habrá que prevenir la ocurrencia de conflictos de intereses y logrando alinear los incentivos de todos los actores involucrados (funcionarios y dependencias públicas el Estado municipal, potenciales proveedores, entidades de la sociedad civil y la ciudadanía en general) con los incentivos deseables, esto es, evitando la ocurrencia de actos de corrupción, eventuales ocurrencias de prácticas colusivas o pago de sobre-precios y el descreimiento de la ciudadanía respecto a los actos públicos desarrollados en este sentido.⁴⁴

De lo antes dicho, cuando se involucra la erogación de recursos provenientes del presupuesto general del Estado, y en función de que la compra pública socialmente responsable se planea en el Plan Nacional de Desarrollo, se deberá considerar criterios de costo, calidad y beneficio en los procedimientos de contratación pública comunes en el Ecuador, pues en la teoría, la eficiencia económica bien encaminada permite construir políticas públicas sociales y ambientales que estimulen mercados con conciencia social, dejando así los criterios ortodoxos donde los “gastos públicos son las erogaciones dinerarias que realiza el Estado en virtud de la satisfacción de las necesidades públicas”⁴⁵, para dar paso a una contratación innovadora donde la mayoría de procesos de contratación contemplen el aspecto social y ambiental que pueda mitigar el cambio climático y erradicar la pobreza, con un gasto público eficiente.

⁴³ Eddy De la Guerra, “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”, *Revista FORO No. 25 (2016): 22*, doi: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5763/1/05-TC-Guerra%20De%20La.pdf>.

⁴⁴ Marcelo Luis Capello, “Gasto público eficiente: Propuestas para un mejoramiento en los sistemas de compras y contrataciones gubernamentales”, *Revista Actualidad Económica*, abril de (2015):19. doi: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=Marcelo+Luis

⁴⁵ Héctor Villegas, *Manual de finanzas públicas*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000), 128.

En ese sentido, el resultado es un efecto dinamizador de la economía de un Estado con un gasto público rentable, pues esta rentabilidad, nos permite comprender, que un gasto por la compra pública tendrá un retorno de la erogación pública a través del cobro de tributos como fuente de ingresos del Estado.

Entendiéndose que el gasto público es realmente productivo, lo importante es aterrizarlo a las políticas públicas para que este sea responsable con la sociedad y el ambiente; debemos procurar que la compra pública se realice con empresas privadas que garanticen su obligación con las leyes laborales para enrolar a todos sus trabajadores, que las compras públicas generen espacios de inclusión de personas con discapacidades, propendan a la igualdad de género y que ~~estas~~ aborden a sectores económicos relegados, como las pequeñas y medianas empresas, los emprendimientos, y a los actores de la economía popular y solidaria.

Capítulo segundo

La relación de los principios de la compra y contratación pública inclusiva

En el siguiente capítulo a desarrollarse se ha identificado seis principios relevantes establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional Pública, principios de estricto cumplimiento, pues la correcta aplicación de estos preceptos jurídicos permite establecer su importancia para que la compra y contratación pública sea inclusiva y responsable en el Ecuador. Así mismo, de conformidad con el artículo 284 numeral 2 de la Constitución que expresa el incentivo a la producción nacional; se puede evidenciar que el Estado ecuatoriano establece un trato diferenciado a los actores provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, mismas que generarían un valor agregado nacional, sin embargo hay obstáculos que se pueden superar con la concientización de cambios culturales de las instituciones públicas que para que este grupo de empresas puedan participar con criterios de compra responsable responsabilidad.

1. Descripción de los principios relevantes que permitirán que la compra y contratación pública sea inclusiva

En el campo de la contratación pública los principios que se desprenden del Estado de Derecho son reglas relacionadas con la compra pública; es así que dichas “normas de derecho son necesarias y se imponen a todo, porque refieren a la estructura del Estado y su supervivencia como tal”⁴⁶, es decir esas normas son la columna vertebral del Estado y que de paso generan que la compra y contratación pública propendan a ser inclusivas o responsables, por lo tanto, las normas fundamentales que presiden en su mayoría el sistema general de la contratación pública coadyuvan a la inclusión de los diferentes actores económicos que dinamizan económicamente, social y laboral al país. En síntesis, la correcta aplicación y su incorporación permite conocer si los procesos de contratación están siendo

⁴⁶ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004), 61.

llevados en el marco del Estado de Derecho y en apego al interés general sin que esto ocasione una discriminación entre oferentes grandes y pequeños.

1.1. Principio de legalidad

Este principio es sustancial para todo el derecho, en especial para el derecho administrativo, debido a que le impone a los órganos que la integran la obligación de “actuar con arreglo a lo establecido en la Ley y en las otras normas jurídicas que regulan su actividad; y no solo las normas establecidas por los órganos del Estado, sino las disposiciones que establezcan los tratados internacionales, particularmente en materia de derechos humanos”⁴⁷, de esta manera las instituciones del Estado, los 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 , específicamente en el artículo 226 de la Constitución que dice:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁴⁸

Conforme al principio de legalidad, todas las actividades administrativas de los organismos que integran la administración, es decir, sus autoridades y todos sus funcionarios públicos deben realizar actividades administrativas dentro de los límites que establece Ley, es decir no podrán actuar por propia decisión caso contrario la actuación realizada es nula.

Juan Carlos Cajarville Peluffo, sostiene que, en principio de legalidad “toda la Administración, en igual medida los particulares, se encuentran supeditados al ordenamiento jurídico en general, y en particular a las normas (derecho), costumbres, principios generales y demás fuentes que sean reconocidas por el régimen jurídico”⁴⁹, es decir, actuar conforme a

⁴⁷ Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, (Bogotá: Primera Edición Universidad Externado de Colombia, 2005), 406-407.

⁴⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.286.

⁴⁹ Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre derecho administrativo*, Tomo II (Montevideo: Marcial Pons, Primera Edición Fundación de Cultura Universitaria, 2007), 205.

la normativa, en el cual está permitido aquello que dicta la Ley, misma que “constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley”⁵⁰.

Con todo lo dicho el Derecho condiciona y establece de manera positiva el actuar de la administración pública, misma que, si no se encuentra legalmente fundamentada deviene en un acto nulo; en ese sentido Juan Carlos Exposito Vélez recalca que “la falta de adecuación de los actos administrativos relacionados con la contratación administrativa al principio de legalidad dará lugar a la nulidad o anulabilidad de dichos actos o, si ya se ha celebrado el contrato, a la nulidad de éste”⁵¹. Cabe señalar que como resultado de la aplicación de este principio tenemos una seguridad jurídica tanto para la administración como para los administrados.

En la materia que nos corresponde, el principio de legalidad empieza en la etapa preparatoria y precontractual, marcado con sus respectivos parámetros de contratación, de conformidad con el bien, obra o servicio a contratarse, hasta los proveedores deben cumplir con ciertos parámetros legales, técnicos, económicos y financieros con el libre albedrío de participar o no según su conveniencia en algún proceso de contratación.

Precisamente en la etapa inicial hay que destacar que, una mínima inclusión de responsabilidad social en procesos de contratación planteada en el Plan Anual de Contrataciones de una institución, podría generar, por ejemplo, el empleo de personas con discapacidades, no se diga si esta práctica es replicada por varias instituciones que conforman la administración central, obtendríamos como resultado una diferencia para cambiar la realidad del empleo y la inserción laboral de personas con discapacidad en el Ecuador cada año; los organismos públicos deberían tomar en cuenta todos los principios de contratación, la normativa y reglamentación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Pública, para en conjunto con el Servicio Nacional de Contratación Pública, hacer un seguimiento para verificar que los proyectos tengan cuando menos un mínimo de compra socialmente responsable, que se refleje en toda planificación anual institucional al menos como un primer paso de partida para configurar el principio de legalidad.

⁵⁰ Libardo García R, *Derecho administrativo general y colombiano*, Decimoctava Edición (Bogotá: Editorial TEMIS S.A, 2013), 313.

⁵¹ Exposito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, 408.

Ahora bien, el problema surge cuando la entidad contratante violenta los principios, es allí donde el ente de control, en función de la potestad regulatoria, según el artículo 104.1 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000000072 establece que:

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en uso de sus atribuciones de control, monitoreo y supervisión, en el caso de que identifique que la entidad contratante está llevando adelante un procedimiento de contratación que atente contra los principios previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación/Pública, a través de la errónea utilización de códigos CPC, objetos de contratación, especificaciones técnicas o términos de referencia, suspenderá dicho procedimiento en el Portal Institucional y notificará a la entidad contratante respecto de las conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, solicitando las medidas correctivas inmediatas para dicho procedimiento y la aplicación inmediata de la recomendación de cumplimiento obligatorio emitida por el SERCOP.⁵²

En ese sentido, de no acatar las disposiciones del órgano rector y continuar con la suscripción de un contrato, todo el proceso de contratación es ilegal por ir en contra de la normativa y necesariamente el proceso debe ser trasladado para que la Contraloría General del Estado determine las responsabilidades correspondientes debido a que el administrado y el Estado se ven afectado por actos administrativos ilegales.

Debo señalar un ejemplo que se analizó en el capítulo anterior, relacionado al no pago de las obligaciones laborales por parte de un contratista con sus trabajadores en el marco de un contrato administrativo, en el cual se evidenció irregularidades por la falta de enrolamiento a la seguridad social, ya que esto no solamente ocasionó un perjuicio económico al Estado directamente, sino que también se evidenció un perjuicio a los derechos de las personas trabajadoras a la seguridad social, pues la compra pública socialmente responsable promueve el trabajo decente, pero en este caso no se concretó esta finalidad por el incumplimiento de la normativa, la responsabilidad legal y correcta ejecución en los procesos recayó sobre los servidores designados para el efecto a quienes se glosó por responsabilidad civil culposa.

Concluyendo, la aplicación del principio de legalidad permite verificar que el procedimiento de contratación se encuentre bajo la lupa de la normativa, y que la contratación y compra pública reúnan los requerimientos establecidos en las distintas etapas del proceso

⁵² Ecuador SERCOP, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000000072*, en Registro Oficial, Suplemento No. 2455, 29 de enero de 2018, art. 104.1.

y si en esos procesos hay un mínimo de compra responsable e incluyente, con más razón hacer que se cumpla el principio de legalidad, pues la administración establece de forma clara y concisa todas las condiciones legales que permitan garantizar una justa competencia. No obstante, de lo dicho, el resultado que derive del control de la legalidad en los procesos de contratación pública ejercido por los entes de control estatal permite establecer en gran medida el cumplimiento de la aplicación de este principio, ya que de este control se derivan las acciones civiles, administrativas o penales que correspondan por la inobservancia de la Ley.

1.2. Principio de igualdad

Este principio se encuentra consagrado de manera general en la Constitución, en el artículo 66, numeral 4, que hace referencia al reconocimiento de las garantías constitucionales de las personas que dice: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”⁵³, es decir, la igualdad jurídica que poseen las personas en cuanto a la aplicación de la ley, y la igualdad jurídica de hecho, que hace referencia al trato igualitario hacia un grupo de personas, colectivos, asociaciones, etc., para que no sean sujetos a cualquier acto de discriminación.

En materia de contratación pública este principio se enuncia como una igualdad genérica de trato, la cual exige que “no se traten de manera diferente las situaciones que son análogas y las situaciones que son diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato equivalente esté objetivamente justificado”⁵⁴. De hecho, se debe de tratar de manera diferente a aquellas situaciones que no son semejantes y las situaciones diferentes a no ser tratadas de manera similar, por ejemplo, la normativa en contratación invita a todos los proveedores a participar en los procedimientos de contratación que se publiquen por el portal de compras públicas, en este punto según Roberto Dromi: “La igualdad exige que, desde el comienzo del procedimiento de la licitación hasta la formalización del contrato, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas

⁵³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.66, numeral 4.

⁵⁴ José Bermejo Vera y Víctor Escartin Escude, *Diccionario de contratación pública*, Primera Ed. (Madrid: Iustel, 2009), 505.

facilidades haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”⁵⁵, pero no todos pueden participar por el monto establecido en la normativa para cada proceso de contratación, lo que resulta un limitante para ciertos proveedores a participar por el factor económico, en definitiva los proveedores no son iguales. pero deben recibir un tratamiento igual cuando se encuentren participando en circunstancias similares

Por otro lado, la administración en ciertas ocasiones selecciona la oferta más ventajosa para los intereses públicos, debe buscar el *primus inter pares*⁵⁶, es decir el primero entre sus iguales, pero por el principio de igualdad la aplicabilidad de la ley en la etapa de iniciación del proceso es obligatorio, ya sea en el cumplimiento de los requisitos mínimos de capacidad técnica y financiera o, por el cumplimiento de las especificaciones técnicas con información reservada, este principio es primordial por razones de seguridad nacional.

En el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes razones, desde la promoción de la industria nacional, hasta la protección de la economía propia.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público.

Para resolver este escollo, estos profesores abogan por que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

En materia de contratación, a pesar de la claridad de las Directivas, no se puede ocultar que el principio de igualdad de trato sigue siendo una quimera ante el proteccionismo existente en determinados sectores y frente a la preferencia de las empresas nacionales para la adjudicación de contratos públicos de cierta relevancia.⁵⁷

Este principio se basa en la imparcialidad, en vista de que la normativa global obliga a las instituciones el Estado a dar un trato justo a los proveedores durante el proceso de contratación sin que se otorguen ventajas injustas para beneficiar a unos y negar el derecho a otros, lamentablemente para el autor este precepto es un anhelo ante el paternalismo de la

⁵⁵ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Quinta Ed. (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), 263.

⁵⁶ *Ibíd.* 505.

⁵⁷ Jaime, Rodríguez Arana, “Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global”, *Revista de Derecho Segunda época*, No. 12 (2016): 195, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119765>.

administración central para proteger diferentes sectores y empresas nacionales, produciendo inconvenientes que ocasionan un problema a la regularización administrativa global en esta materia, pues ciertos principios son supranacionales que pueden afectar el modelo de contratación pública de un país.

En el Ecuador los principios del Estado de Derecho son de aplicación en el sistema nacional de contratación pública y actúan de manera complementaria, precisamente el principio de igualdad se entiende de manera general y amplio, sin embargo en ciertos casos, no existe igualdad de participantes, ni igualdad de trato, justamente por diferencias que el legislador ha considerado incorporálas en las normas a favor de pequeños sectores productivos con el fin de que obtengan ciertas ventajas frente a otras empresas en un proceso de contratación que resulta ser una discriminación positiva.

En ese sentido, Jaime Santofimio, hace una diferenciación entre trato diferenciado y discriminación: “Los tratos diferentes, objetivos y razonablemente justificados, no constituyen violación o desconocimiento de igualdad, haciendo claridad, en el sentido de que el trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio”⁵⁸, pues este principio busca evitar la desigualdad, el trato diferente, injustificado y discriminatorio por parte de las autoridades frente a los administrados.

Como lo planteaba Santofimio, en ciertos casos no es la administración central, sino el poder legislativo que crea un trato diferenciado justificado, por ejemplo: mediante la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, en el artículo 21 y 22 establece a los proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privado “simplificación de trámites y la remisión de intereses, multas y recargos generados en obligaciones patronales en mora con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”⁵⁹, por otro lado, mediante el artículo 1, inciso 2 de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización, que reforma al artículo 9.6 de la Ley de Régimen Tributario Interno, exonera del pago del “impuesto a la renta durante (3) años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales, siempre que generen empleo neto e incorporen valor agregado nacional en sus proceso

⁵⁸ Jaime Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, (Bogotá: universidad Externado de Colombia, 2004), 175.

⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas*, en Registro Oficial, Suplemento No. 652, 21 de agosto de 2018, art. 21-22.

productivos”⁶⁰ a las nuevas microempresas y a las entidades del sector financiero popular y solidario la exención tributaria cuando participen en procesos de fusión.

Es evidente que las instituciones deben ser imparciales al momento de contratar oferentes, proveedores, contratistas o consultores durante el proceso de selección, teniendo en cuenta que los participantes no son iguales, y en cuanto no lo son, es legítimo que reciban tratamientos desiguales en función de su naturaleza, más allá de que no se otorguen ventajas o beneficios que nieguen el derecho a otros proveedores capaces para contratar.

En función del régimen jurídico que rodea a este principio, por ejemplo, en los contratos administrativos la propia administración se impone ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratante, pues “en los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles”⁶¹. Esta desigualdad se traduce en la competencia que tiene la administración cuando se adecúa el contrato a las necesidades públicas, pues el contrato administrativo está sujeto a las prerrogativas en cuanto a la adaptación, modificación, resolución y cláusulas exorbitantes del derecho común, que es la potestad de la administración de modificar una obligación contractual o desistir de ella, característica de la contratación pública y en casos específicos se debería aplicar la discriminación objetiva establecida en los cuerpos normativos.

1.3. Principio de trato justo

El principio de trato justo se lo relaciona con justicia, su interpretación se encuentra al margen subjetivo que conceda cada persona, ya que el sujeto otorga a cada uno lo que corresponde; en la contratación pública se lo relaciona con el principio de igualdad, mismo que consiste en todos los oferentes debe ser tratados bajo las mismas condiciones en un procedimiento precontractual.

En efecto el Reglamento a la normativa en contratación pública en el Ecuador al referirse al momento de elaborar los pliegos lo relaciona con estos principios al decir que:

⁶⁰ Ecuador, *Ley Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización*, en Registro Oficial, Suplemento No. 150, 29 de diciembre de 2017, art. 1.

⁶¹ *Ibíd.* 247.

“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”⁶², es decir la igualdad de oportunidades es aplicada para todos los proveedores, estando prohibido otorgar ventajas o privilegios que vulneren el derecho a participar.

Así mismo en la correcta determinación del objeto de contratación a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se debe ceñirse en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad y transparencia, de conformidad con las disposiciones generales de la Resolución 072, artículo 104, inciso 2 que dice:

La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que, los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante, y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado.⁶³

Por lo expuesto, las entidades contratantes no podrán atentar contra estos principios ni afectar la participación inicial de todos los oferentes con tratos diferenciados o discriminatorios. Como explica Herrera: “En este campo, la prohibición de especificaciones técnicas que tengan efectos discriminatorios”⁶⁴, es parte del trato justo e igualitario, pues la entidad contratante está obligada a garantizar un concurso libre, justo basado en los principios de libre competencia que excluya cualquier forma de abusos.

En este punto es muy importante considerar a la contratación pública para que sea socialmente responsable y que no propenda a un trato diferenciado en la definición del objeto de contratación, por citar un ejemplo, cuando operativamente las entidades públicas trabajan anualmente en la elaboración de un Plan Anual de Contratación alineado a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, no incorporan las ideas y criterios de buenas prácticas de

⁶² Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Registro Oficial, Suplemento No. 588, 12 de mayo de 2019, art. 20

⁶³ Ecuador SERCOP, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000000072*, en Registro Oficial, Suplemento No. 2455, 29 de enero de 2018, art. 104.2.

⁶⁴ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, 2004), 62.

contratación para concientizar y promover el cuidado y protección del ambiente, la inclusión de género, la inserción de personas con discapacidades o la contratación de artesanos locales, pues este es el primer paso a una contratación y compra inclusiva, ya que, de no concebirse estos preceptos estamos frente a un problema para cambiar la forma de contratar de manera inclusiva.

Ahora bien, difícilmente en los pliegos se puede subsanar la falta de compra pública socialmente responsable, pero no porque no se pueda incluir en el pliego dichas exigencias, sino porque operativamente una descripción del objeto de las contrataciones sin términos de inclusión es más atractiva para un contratista, antes que un objeto de contratación que contiene términos inclusivos, sin dejar de un lado que existen funcionarios que desconocen la importancia de la inclusión social, laboral e igualdad de género en los proceso de contratación.

En todo caso, la profesionalización de los servidores públicos, para que sean expertos y entendidos sobre el objeto de contratación es una herramienta práctica para combatir la inobservancia de la normativa, el tratamiento diferenciado, discriminatorio y evitar sanciones en el campo administrativo, civil y penal.

Como se ha visto, sí existe un marco legal en el Ecuador, pero dichas disposiciones están dispersas, estimo que podría ser importante contar con un manual único para el Ecuador de contratación socialmente inclusiva que permita ser una herramienta para que las entidades públicas puedan incorporar estos criterios de inclusión y causar un beneficio a la sociedad y el planeta, tal cual, como lo recoge la experiencia europea, que poseen legislación de referencia para la incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración, y que por Ley deben ser incorporados de forma concreta en los pliegos, ya que es necesario que los servidores públicos que planifican las contrataciones para el año en curso puedan incluir en la mayor medida posible criterios de igualdad de género, inclusión de personas con discapacidad y que ninguna disposición propenda al trato diferenciado.

Así mismo, citaré un tratamiento discriminatorio por el cual la compañía Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A., fue sancionada mediante resolución administrativa por supuestamente haber coludido con otros oferentes en un proceso de subasta inversa electrónica con código de proceso No. SIE-IESS-015-2011 para la

contratación de un Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios, que fue convocado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Portal de Contratación Pública del Servicio Nacional de Contratación Pública.

La compañía Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A y las empresas SOLNET y CRONIX participaron en el mencionado proceso de contratación; la empresa CRONIX acusó a la compañía Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A de haber coludido en el proceso de contratación pública.

En ese sentido, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado sancionó a la compañía Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A con una multa de 2'334.265,32 conforme el artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por supuestamente haber falseado la competencia en la presentación de ofertas en la etapa de puja, que dice:

Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.⁶⁵

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.⁶⁶

No conforme con la sanción impuesta por el órgano de control mediante actos administrativos entre los años 2015 y 2016 y tras el recurso de casación interpuesto por la

⁶⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en Registro Oficial 555, 13 de octubre de 2011, art. 11.

⁶⁶ *Ibíd.* 11-6.

empresa y los entes estatales, finalmente “la sentencia expedida el 19 de mayo de 2017 es casada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para que la Superintendencia de Control y Mercado volviera a considerar su resolución”,⁶⁷ en vista de que es muy difícil comprobar un daño real existente de colusión en el mercado, pues en actualidad las condiciones de competencia entre oferentes son de manera horizontal ya que, por más que existiesen contactos indebidos entre los oferentes, estos no causarían un daño sustancial en el mercado que permita sancionar esta conducta impropia entre oferentes que quieren abarcar un mercado en específico. En el campo de la contratación pública, en función del articulado arriba descrito, dichas normas buscan garantizar la no discriminación e igualdad de trato entre los oferentes en la etapa precontractual sancionando conductas que afectan la competencia en la compra pública.

1.4. Principio de concurrencia

Básicamente este principio permite materializar los principios de igualdad y de no discriminación en el ámbito de la contratación pública, en vista de que éste, “permite habilitar la participación igualitaria de todos quienes estén interesados en contratar con el Estado y cumplir con los requisitos establecidos en la normativa”⁶⁸, sobre el tema Dromi señala la existencia de diversas condiciones restrictivas para la concurrencia:

El principio jurídico de la concurrencia tiende a afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, como contrapartida de la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. El principio no es absoluto, pues la normativa jurídica le impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad del concurrente. Dichas limitaciones o restricciones son: 1) exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; es el caso de sociedades o personas jurídicas no constituidas regularmente, o de los concurrentes incapaces, menores, interdictos, etc.; 2) exigencias de honorabilidad profesional y comercial del proponente; por ello se excluyen los fallidos no rehabilitados, los anteriores adjudicatarios que no ejecutaron correctamente el control o si éste se rescindió por su culpa; 3) exigencias de honorabilidad civil, al preverse en el pliego de condiciones o reglamentos de contrataciones, la exclusión de oferentes condenados penalmente o de funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes.⁶⁹

⁶⁷ Ecuador Corte Nacional de Justicia Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia de casación”, en *Juicio No. 17811-2016-01271*, 19 de octubre de 2017.1.

⁶⁸ Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre derecho administrativo*, Tomo II (Montevideo: Marcial Pons, Primera Edición Fundación de Cultura Universitaria, 2007), 399.

⁶⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Quinta Ed. (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), 247.

Conuerdo con la ponencia del autor, en vista de que el principio de concurrencia prácticamente es una batalla de todos los oferentes contra la propuesta restrictiva del Estado, dichas ofertas deberán cumplir con ciertos requisitos, como por ejemplo profesionales, económicos, honoríficos, sociales, ambientales, laborales, entre otros, limitaciones que impone la entidad contratante como resultado de la libre concurrencia, pues la normativa exige la imparcialidad al adjudicar la mejor oferta, y no puede elegir individualmente a sus oferentes, y si lo hiciera, la concurrencia no sería justa y libre.

El principio de concurrencia es un mecanismo útil tanto para la promoción de la competencia en la contratación pública, como para la obtención de una oferta adecuada al mercado y una óptima para la administración contratante.

Aprovechando este aporte la administración debería de plantearse condiciones restrictivas para que la compra sea *responsable*, como, por ejemplo: excluir a ciertas empresas que sean sancionadas por el Ministerio de Trabajo por no afiliar al seguro social a sus trabajadores o no pagar cumplidamente esta obligación; en este sentido la aplicación del principio de concurrencia en el campo de la compra y contratación pública implicaría mayor justicia con las empresas que se encuentran al día con sus trabajadores, excluyendo de la concurrencia a las que están en mora con sus trabajadores, ya que lo más probable es que sigan vulnerando los derechos laborales, con la aquiescencia tácita de la administración.

Visto de este modo, el tema planteado requiere una reforma a la normativa con una sanción, dado que en la práctica podría ser útil ese cruce de información con el Ministerio del Trabajo y el Servicio Nacional de Contratación Pública y así bloquear la participación en un proceso de contratación a las empresas que eluden sus obligaciones laborales.

Está claro que no es posible ahondar en esta tesis los detalles al respecto de sanciones o reformas a la normativa, pero sin duda el cruce de información sería vital para que la contratación pública ecuatoriana se enmarque en una buena práctica de contratación y de paso sea socialmente responsable.

Por otro lado, una buena práctica del principio de concurrencia se evidencia en las *Directrices para la contratación de suministros, obras y servicios asociados en el marco de la Cooperación Financiera Oficial con países socios* del gobierno de Alemania con el Ecuador, específicamente se da el caso en la *declaración de compromiso* que realiza el

oferente cuando desea aplicar a un proceso de contratación que impulsa el Ministerio del Ambiente a través del Programa de Apoyo al Sistema Nacional de Áreas Protegidas que dice:

Declaramos, asimismo, la importancia de respetar el cumplimiento de estándares sociales y medioambientales en la ejecución del proyecto. Nos comprometemos a respetar las normas derecho laboral aplicable y las normas fundamentales del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) así como los estándares nacionales e internacionales aplicables con respecto al medio ambiente y la salud y seguridad en el trabajo.⁷⁰

Comparto el concepto planteado en la carta de compromiso de la cooperación alemana ya que la obligatoriedad que impone éste en el Ecuador para contratar con los oferentes interesados, va más allá de la responsabilidad de respetar el cumplimiento de las normas fundamentales nacionales de trabajo, pues el respeto trasciende a los estándares internacionales tanto en el campo social, ambiental y laboral que deberán ser cumplidos en el marco de una ejecución de ciertos proyectos de inversión, caso contrario el postor será excluido de la licitación.

En todo caso el principio de concurrencia permite la participación igualitaria de todos quienes estén interesados en contratar con el Estado, bajo un marco legal que debe ser aplicado en la contratación pública para obtener el mayor número de ofertas en donde la administración podría escoger un proveedor que presente las mejores condiciones en precio, calidad, plazos de ejecución y entrega del producto con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles, por lo cual antes de aplicar cualquier criterio en el campo social o de sustentabilidad en las compras públicas es necesario conocer la capacidad del mercado ecuatoriano para responder a estos criterios sin afectar el principio de concurrencia en nuestro país.

1.5. Principio de oportunidad

Según el Manual de Buenas Prácticas, emitido por el ente rector de la contratación en el Ecuador, oportunidad: “significa que todos los procedimientos de contratación pública deben ejecutarse de manera oportuna y eficiente, atendiendo las necesidades de las entidades

⁷⁰ Alemania, *Directrices para la contratación de suministros, obras y servicios asociados en el marco de la Cooperación Financiera Oficial con países socios*, 01 de agosto de 2016, 5.

contratantes y guardando relación con la programación establecida, lo que implica tener en cuenta el lucro cesante en la inversión pública, y alcanzar un mejor rendimiento de los recursos del Estado”⁷¹.

Este principio hace referencia a que los procedimientos de contratación pública deben ser oportunos y eficientes de acuerdo con las necesidades de las entidades contratantes e interés de la colectividad en el marco de un Plan Anual de Contrataciones y acorde al Plan Anual de Desarrollo.

En general la contratación pública ha orientado a elevar la eficiencia de los sistemas y procedimientos de compras y contrataciones garantizando la transparencia del proceso de adjudicación y eleva el nivel de competitividad y ahorro.

Cabe señalar que en el capítulo anterior se habló de este punto, sin embargo, es pertinente resaltar nuevamente su relación con la eficiencia en el gasto público, porque no siempre el gasto eficiente puede ser beneficioso en términos económicos, pues el gasto debe trascender también a un beneficio social, por ende en la aplicabilidad de este principio se deberá considerar a una oferta cuando posee calidad y costo promedio en el mercado y que adicionalmente la oferta conlleve un enfoque al beneficio social de inclusión.

Adicionalmente del beneficio social o ambiental que pudiera resultar del gasto eficiente, estimo pertinente emular la experiencia europea para que la contratación pública sea sostenible como lo establece la normativa internacional que regula las contrataciones de las administraciones públicas por medio de la Directiva Europea 2004/18/EC que regula los contratos públicos de obras, suministros y servicios, permitiéndoles la inserción de criterios sociales y ambientales siempre que se “respeten las libertades fundamentales de la legislación comunitaria: libertad de circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios; así como los principios que se derivan de las mismas: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”⁷².

Mediante la incorporación de criterios ambientales en los procesos de contratación, el sector público y privado pueden contribuir a que las industrias textiles desarrollen políticas

⁷¹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015 (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015), 39.

⁷² Programa de Universidades por el Comercio Justo, “Inserción de criterios de sostenibilidad en los contratos de suministro de productos”, accedido 02 de enero de 2020, 3. Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID), http://www.cilma.cat/wp-content/uploads/2010/09/criteris_de_sostenibilitat_en_els_contractes_publics_de_productes_textils_2009.pdf

amigables con el ambiente que contribuyan a un nuevo modelo sustentable, por ejemplificar en el medio textil en el Ecuador sería viable aplicar estos criterios, en vista que las industrias textiles tienden a contaminar el ambiente, empezando desde el ciclo de extracción de materias primas fabricación de insumos hasta la producción final del producto textil.

Para el efecto la administración puede generar “espacios de innovación y dialogo para la compra sostenible, creando modelos de referencia para que la ciudadanía en la compra de productos textiles considere la adquisición de productos textiles con criterios ecológicos y éticos”⁷³, pues de esta forma se evitaría que las empresas basen su venta en la explotación de recursos naturales no renovables y la violación de derechos del trabajador.

1.6. Principio de participación nacional

El principio de participación nacional promueve la producción nacional por encima de la producción extranjera, siendo este principio una excepción al principio de igualdad, según el Manual de Buenas Prácticas, emitido por el ente rector de la contratación en el Ecuador:

Uno de los objetivos de la contratación pública, es la dinamización de la producción nacional y local aprovechando el mercado que genera la contratación pública, para lo cual se han establecido mecanismos de incentivo y fomento, como es la aplicación de márgenes de preferencia y criterios de contratación preferente, buscando sobre todo la participación de los micro, pequeños y medianos productores nacionales, y a los estratos de la economía popular y solidaria.⁷⁴

Entiendo que el Estado desea favorecer a la producción nacional, bajo una necesidad que ha condicionado la política económica, en particular la proveniente de las compras y contrataciones que realiza el sector público, pues esta opción dinamiza la producción nacional y local de bienes y servicios, para lo cual la normativa establece incentivos, sustentado el numeral 2 del artículo 284 de la Constitución, en donde se determina los objetivos para incentivar la producción nacional, la productividad y la competitividad sistémica, en concordancia con el artículo 288 de la Constitución como herramienta de

⁷³ *Ibíd.*, 5.

⁷⁴ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015* (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015), 40.

política pública incluyente y el artículo 334 según el cual el Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores.

Finalmente, el artículo 117 del Reglamento a la Estructura de Desarrollo y el último inciso del artículo 55 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones señala a los beneficiarios previstos en el Código de la Producción. Sobre este tema el Doctor Juan Francisco Díaz señala:

Desde la expedición de la Ley en el 2008 se evidencian mejoras en estos aspectos, ya que desaparecen las listas individuales de proveedores por Entidad Contratante al crearse el Registro Único de Proveedores, democratizando así el acceso a participar en todos en los procesos de Contratación con el Estado, dando un impulso sobre todo a aquellos micro y pequeños empresarios, muchos de ellos con origen en la economía popular y solidaria.⁷⁵

Evidentemente existen mejoras sustanciales para la inclusión de las pequeñas y medianas empresas, como un sector importante en el desarrollo productivo nacional, La fundamentación constitucional permite que en la contratación pública se haga referencia al proveedor, oferente como la base del sistema de contratación, y en consecuencia el tamaño de los proveedores es importante, pues la categoría de los proveedores del Estado está definida de acuerdo con la normativa instituida por la Comunidad Andina, artículo 3 mediante la Decisión 702 de 10 de diciembre de 2000 y adoptada en la legislación interna la clasificación de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas es:

- A. Microempresa: unidad productiva que tiene entre 1 y 9 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores de trescientos mil dólares.
- B. Pequeña empresa: unidad productiva que tiene de 10 a 49 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre trescientos mil uno y un millón de dólares.
- C Mediana empresa: unidad productiva que tiene de 50 a 199 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno y cinco millones de dólares.⁷⁶

El tamaño y el valor de ventas o ingresos del proveedor permiten clasificar a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas para establecer claramente su rol en la contratación

⁷⁵ Juan Francisco Díaz. “La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 12, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4155>.

⁷⁶ Comunidad Andina Comisión de la Comunidad Andina, *Sistema Andino de Estadística de la PYME*, Decisión 702, 10 de diciembre, art. 3.

pública en el desarrollo productivo nacional, ya que aporta directamente a la generación de fuentes de trabajo, esto en contraste con una redistribución de la riqueza y el entendimiento del origen nacional.

Andrea Catalina Viteri hace una definición del concepto de origen nacional indicando que: se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente nacional en los porcentajes que sectorialmente se definan por parte del Ministerio de Industria y Productividad”.⁷⁷

En términos generales algunas características de estos actores pueden resultar beneficiosas, en vista de que cuentan con menor conflictividad laboral, debido a que los trabajadores al ser poco numerosos mantienen relaciones laborales más cercanas y sienten una identificación con la empresa, así mismo la integración entre empleados trae varias ventajas en función de la productividad de los trabajadores, finalmente el ambiente laboral es favorable para la generación de ideas y proyectos, en este sentido su aplicación facilita a la innovación de la empresa generando competitividad y crecimiento.

Todos los sectores aportan a la generación de empleo y a la dinamización de la economía, generando riqueza, para el efecto, en materia de contratación pública, los artículos 25.1 y 25.2 de la Ley precisan la participación nacional en la elaboración de pliegos, mismos que estimo deberán contener porcentajes para que al momento de puntuar y evaluar las distintas ofertas, se otorguen puntos a la oferta de bienes y servicios nacionales y de esta forma se les privilegia al momento de adjudicar un contrato con un componente socialmente responsable.

Por la regulación y complejidad de los procesos de contratación, citaré lo dicho en la herramienta práctica de las Universidades por el Comercio Justo para integrar criterios éticos, sociales y ambientales en los proceso de compra y contratación española que favorecen la responsabilidad social, misma que propone como ejemplo un proceso licitatorio para la *contratación del suministro de papel procedente de explotaciones forestales gestionadas de forma sostenible*, como el objeto principal de contratación desde su inicio en la elaboración

⁷⁷Andrea Catalina Viteri, *Derecho de la Contratación Pública*, Tomo I., (Quito: Ediciones FG, 2013), 224.

de especificaciones técnicas, selección de candidatos, adjudicación de contrato y ejecución de contrato:

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

El papel debe contener como mínimo un 70% de fibras de madera proveniente de explotación forestal sostenible certificada (FSC o equivalente).

El papel debe ser 100% reciclado y contener como mínimo un 65% de fibras recicladas postconsumo.

SELECCIÓN DE CANDIDATOS

Debido al riesgo de vulneración de los Derechos Laborales es importante solicitar información a las empresas sobre los centros de producción asociados al suministro de madera, sea de forma directa o mediante subcontratación, así como los mecanismos con los que la empresa cuenta para verificar el cumplimiento de condiciones laborales dignas a lo largo de la cadena de suministro. También es conveniente solicitar acreditación del cumplimiento de los requisitos legales respecto a prevención de riesgos laborales, integración de minusválidos e igualdad hombre y mujer.

ADJUDICACION DEL CONTRATO

Se incluirán entre dichos criterios de adjudicación los aspectos medioambientales de la oferta que sean superiores al mínimo establecido en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en el proyecto aprobado, o en las normas sectoriales aplicables, y que, estando directamente vinculados al objeto del contrato, el órgano de contratación estime adecuados y formule de forma concreta. Dichos aspectos medioambientales del producto serán valorados con la ponderación que en cada caso señale el pliego, serán objetivos, específicos y cuantificables objetivamente, de forma que todas las empresas licitadoras puedan conocer los aspectos a valorar e interpretarlos de la misma forma y el órgano de contratación pueda realizar una valoración comparativa de las distintas ofertas

EJECUCION DEL CONTRATO

La empresa adjudicataria del contrato tendrá que garantizar el cumplimiento de requisitos establecidos por la autoridad adjudicadora durante la ejecución del mismo.

- Se exigirá al suministrador la recogida selectiva y la reutilización o reciclaje de los envases donde vengan contenidos estos productos.
- El licitador deberá garantizar el cumplimiento de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción del suministro, para ello se solicitará información sobre la cadena de suministro del papel y los mecanismos de control que la empresa licitadora posee para garantizar el cumplimiento de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Puede ser válido una declaración de la propia empresa, si bien lo óptimo es un sistema de verificación que sea auditado externamente. La certificación FSC y/o Comercio Justo es garantía suficiente de condiciones laborales en la explotación forestal.⁷⁸

En todo caso, cualquier criterio, especificación técnica debe guardar relación con el objeto de contratación y que propenda a que la compra sea socialmente responsable en el Ecuador, no debe limitar la competencia y no debe discriminar a posibles proveedores, para

⁷⁸ Programa de Universidades por el Comercio Justo, “Inserción de criterios de sostenibilidad en los contratos de suministro de productos”, accedido 02 de enero de 2020, 8-9. *Agencia Española de Cooperación Internacional* (AECID), http://www.cilma.cat/wp-content/uploads/2010/09/criteris_de_sostenibilitat_en_els_contractes_publics_de_productes_textils_2009.pdf

que antes de adjudicar se efectuó la evaluación de las ofertas a través de las consideraciones sociales y ambientales y no solo prime el factor monetario.

2. Márgenes de preferencias de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas

En el marco constitucional, en el Ecuador se reconoce el sector de la economía popular y solidaria a través de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, misma que se basó en principios universales de cooperación y solidaridad, se relaciona con el nivel social, en donde un grupo de individuos se unen de forma voluntaria para ayudarse mutuamente el uno con el otro mediante un servicio en común para satisfacer sus necesidades y generar ingresos.

La economía popular, como se mencionó, es aquella actividad económica desarrollada por organizaciones conformadas en los sectores comunitarios, asociativos y cooperativistas, así como también las unidades económicas populares, en concordancia con lo determinado por la propia normativa legal; y que la economía social y solidaria, tiene un punto de partida en la Constitución en el artículo 283, en el modelo económico social y solidario, bajo un régimen económico justo, democrático, productivo y solidario, en el marco del Buen Vivir centralizado en el ser humano.

Estimo que se encuentran generadas las condiciones jurídicas que reconocen a los diversos actores de la Economía Popular y Solidaria como dinamizadores de la economía ecuatoriana, pues la Constitución reconoce a la economía popular y solidaria como una forma de organización que se encuentra regulada por la normativa y su reglamento con un órgano de control denominado Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

La economía popular y solidaria está compuesta por grupos de personas, asociaciones, cooperativas y organizaciones “dedicadas a la producción de bienes y servicios destinados al autoconsumo o a su venta en el mercado, con el fin, de mediante el auto empleo, generar ingresos para la subsistencia de quienes lo practican”⁷⁹.

⁷⁹ Gabriela Weber, *Debates sobre la cooperación y modelos de desarrollo*, (Quito: Centro de investigaciones CIUDAD., 2011), 132.

Por ejemplo, mencionare algunas organizaciones que existen en el Ecuador como la “Asociación de Trabajadores Agrícolas Autónomos El Buen Vivir, Asociación de Trabajadores Agrícolas Autónomos Arroceros De Chone, Asociación de Trabajadores Agrícolas Autónomos 27 De octubre y Cooperativa de Producción Agrícola La Indiana; Cooperativas de Transporte: La Cerámica y Barón de Carondelet, entre otras”⁸⁰ que participaron en una capacitación que dicto la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que sirvió para explicar el origen, los principios y el marco normativo que los rige para una alcanzar una adecuada autogestión dentro de sus asociaciones.

Para José Coraggio la “economía popular es el conjunto de actividades económicas y prácticas sociales desarrolladas por los sectores populares con miras a garantizar, a través de la utilización de su propia fuerza de trabajo y de los recursos disponibles, la satisfacción de las necesidades básicas, tanto materiales como inmateriales”⁸¹. Las presentes definiciones develan una nueva matriz productiva integrada por distintas formas colectivas de organización económica, auto gestionadas en ocasiones por sus propios integrantes, que pertenecen a una familia con el único fin de obtener ingresos sin acumulación de capital.

Carlo Ferraro y Geovanni Stumpo definen a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas “basada en la cantidad de ocupados por empresa y otra que utiliza las ventas como criterio para identificar el tamaño económico de las empresas”⁸². Participo de este concepto que describe sucintamente la definición de una Micro, Pequeña y Mediana Empresa apoyado en la cantidad de empleados por empresa y el valor bruto de las ventas anuales, misma que es concordante con el concepto establecido en la propia normativa.

Esta clasificación es fundamental para la determinación y aplicación de márgenes de preferencia en los procedimientos de contratación, con el fin de impulsar la transformación de matriz productiva, pues el sistema de preferencias es un instrumento de fomento de inclusión social y de apoyo a la producción nacional que establece la inserción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en la contratación pública que “según el Instituto Nacional

⁸⁰ Ecuador Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, “La SEPS sigue cumpliendo con su plan de capacitaciones anual”, Super Intendencia de Economía Popular y Solidaria, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 3 <http://www.seps.gob.ec/noticia?canicultores-de-naranjal-fueron-capacitados-por-la-seps>.

⁸¹ José Coraggio, *Problematizando la economía solidaria y la globalización alternativa*, (Manabí: Editores S.A.,2010), 78.

⁸²Carlo Ferraro y Geovanni Stumpo, *Políticas de apoyo a las PYMES en América latina Entre avances innovadores y desafíos institucionales*, (Santiago de Chile: CEPAL julio 2010), 17.

de Estadísticas y Censos en el Ecuador son: 843.745 empresas”⁸³, para esto, el proveedor debe declarar el valor ecuatoriano agregado en el producto que ofrece.

Así encontramos que el valor agregado ecuatoriano del procedimiento de contratación pública sea igual o superior al 40% tratándose de bienes y al 60% tratándose de servicios, con lo cual se considera que el bien o servicio es netamente producto nacional y, por lo tanto, sujeto de participación preferente en la contratación pública. El valor agregado ecuatoriano de una oferta es determinado por el oferente en procesos de contratación como menor cuantía, cotización, licitación y subasta inversa electrónica de bienes y servicios, pues “solamente quienes producen en el Ecuador, pueden acceder a las preferencias que otorga el VAE”⁸⁴.

En este contexto, los márgenes de preferencia a favor de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas están establecidos en las condiciones de participación y evaluación de las ofertas. La incorporación del componente de origen nacional para bienes, que lo conocemos como el Valor Agregado Ecuatoriano, es la suma de todos los elementos que permiten determinar el porcentaje de la materia prima, mano de obra y tecnología que se originan en el bien o servicios.

Para las obras con la desagregación tecnológica se incentiva a la producción nacional como metodología para los procedimientos de obras, tanto de régimen común como de régimen especial, ya que tiene por objetivos determinar la proporción mínima de participación nacional o local en una contratación de obras e infraestructura.

No obstante, la participación de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en las compras públicas continua con una serie de dificultades de crecimiento y de desarrollo como un alto nivel de desconocimiento del marco que regula las compras públicas a pesar de haber ofertado por primera vez en el portal, por otro lado, el pedido de garantías e impagos a los contratistas es otro problema que afecta a la contratación pública en el Ecuador, a continuación mencionaré algunos inconvenientes que se suscitan en la compra pública y que deberán cambiar en función de apoyo a estos actores como:

⁸³ Ecuador Servicio Ecuatoriano de Normalización, “Mipymes y Organizaciones de Economía Popular y Solidaria son una pieza clave para la economía del país”, Servicio Ecuatoriano de Normalización, 2019, 7, <https://normalizacion.gob.ec/mipymes-y-organizaciones-de-economia-popular-y-solidaria-son-una-pieza-clave-para-la-economia->

⁸⁴ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Informe de Rendición de cuentas 2017*, (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2017), 38.

- i) la información sobre las oportunidades de comerciar con el Estado (acceso y disponibilidad de información; procesos administrativos demasiado complejos; deficiente calidad y comprensibilidad de la información);
- ii) capacidades (administrativas y técnicas para participar, requisitos exigentes, plazos cortos);
- iii) gestión (procedimientos administrativos demasiado complejos, falta de transparencia, bajo nivel de sistematización);
- iv) limitantes financieras (falta de recursos, plazos de pago demasiado extendidos); y
- v) Dificultades relacionadas al suministro por el tamaño de las ofertas.⁸⁵

Estimo que estos obstáculos no requieren nuevas leyes o regulaciones, sino cambios culturales de las instituciones públicas que planteen internamente una simplificación de los procedimientos para que este grupo de empresas puedan participar con mecanismos de preferencia como se ha venido trabajando últimamente, por citar referenciaré a la feria inclusiva, reserva de mercado; las subastas inversas corporativas de medicamentos y alimentación escolar, la subcontratación; el umbral del valor agregado; el catálogo dinámico de inclusión de bienes y servicios que permiten minimizar estos inconvenientes a la hora de contratar con el Estado.

Por mencionar, en el vecino país del Perú se evidencian 6 ventajas y mecanismos establecidos en la Ley de Contrataciones y Ley mype que se aplican en alguna fase del proceso de contratación, “cuatro de ellas si se puede aplicar – preferencias en caso de empate, preferencia a la mype regional, alternativa a la Garantía de Fiel Cumplimiento y la Subcontratación a mype –, mientras que las dos restantes (reserva del 40% y lotización) no se han implementado”⁸⁶.

Es evidente que dichos mecanismos son similares en comparación con la realidad ecuatoriana, sin embargo, la figura legal de reserva del 40% me llama la atención, pues no ha sido aprovechada en vista de no expedirse una normativa que indique su aplicación generando gran dificultad para este sector económico en dicho país, estimo que esta alternativa planteada en nuestro contexto posibilitaría la incorporación de Micro, Pequeñas

⁸⁵ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”, SELA, 01 de enero de 2020, pág. 47 <https://es.scribd.com/document/340735489/Las-Compras-Publicas-Como-Herramienta-de-Desarrollo-en-Alc-2015>

⁸⁶ Miguel, Caroy Zelaya, “Redefiniendo a la política de promoción de las mype en las compras estatales”, Revista de la facultad de Derecho PUCP, No. 66 (2011): 11, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3133/3476>

y Medianas Empresas para que ciertas municipalidades promuevan la participación local de sus habitantes, como por ejemplo en el campo manufacturero.

Adicionalmente a las dificultades asociadas a la participación de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, se debe advertir que hay mucho por hacer, y que se deslumbe el trato diferenciado encaminado a que la compra sea socialmente responsable, pues es necesario invertir en el desarrollo de programas de concientización que resalten las normas sobre contratación pública preferente e inclusiva, publicitar aún más la información estadística del incremento de la participación estos actores solidarios en los procesos de contratación inclusiva, promover procesos administrativos que faciliten el cumplimiento de requisitos y trámites relacionados con la compra pública inclusiva y cumplir con el objetivo constitucional para que los actores provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, reciban un trato diferenciado que les permita insertarse en el campo de la contratación pública para alcanzar a suscribir un contrato con cualquiera de las dependencias de la administración pública y de paso que su producto sea auténticamente nacional con responsabilidad social.

Capítulo tercero

Rol de los diferentes actores de la compra pública socialmente responsable

En este capítulo se reseña brevemente el sistema nacional de contratación pública en el Ecuador, conectándolo con el rol de los organismos de control; el rol del Estado en la compra pública socialmente responsable para la inclusión de género y oportunidades laborales en igualdad de condiciones de trabajo. Finalmente, las conclusiones del trabajo realizado evidenciarán la participación inclusiva de los diversos actores, en la contratación compra pública responsable.

1. Normativa sobre la contratación pública en Ecuador

La Asamblea Constituyente del Ecuador en el año 2008 promulgó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, considerando una necesidad de vital importancia para el país, la creación de “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”⁸⁷ para el efecto en la contratación pública, con esta Ley se articulan todos los procedimientos de compra, arrendamiento y consultoría que antes estaban dispersos.

Sobre el particular Hernán Ordoñez Jaramillo, dice que “el objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración contratar; y el fin, el bienestar público”⁸⁸.

⁸⁷Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Registro Oficial, Suplemento No. 395, 04 de agosto, considerando. 1ero.

⁸⁸ Hernán Ordoñez Jaramillo, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Impreso y editado en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Printed in Ecuador/Impreso en el Ecuador, 1996), 3.

Comparto este criterio, en donde la administración central se ve en la obligación de crear un sistema de contratación pública, a causa de las distintas necesidades institucionales con el fin de buscar el bien común, que se refleja en muchos casos en el desarrollo de la obra pública y que siempre debe darse en el marco de la Ley.

Es necesario recordar que la normativa en contratación pública permitió que las entidades del Estado ya no se basen cada una en leyes, reglamentos, manuales e instructivos internos que generaba dificultades en la forma y fondo al momento de contratar, generando la discrecionalidad de la máxima autoridad para adjudicar contratos sin respetar muchas veces el principio de legalidad, así mismo no se disponía de una base de datos de proveedores de obras y servicios, ni tampoco de una base de proveedores incumplidos, que en la actualidad es una herramienta para tener en cuenta antes de contratar los servicios con empresas que evaden los principios y normas de contratación pública.

Para conducir el sistema, la Ley ordena crear el Servicio Nacional de Contratación Pública, que es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública, responsable de desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador y de establecer las políticas y condiciones de la contratación pública a nivel nacional.

A través de la suscripción del *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia, el Perú y Ecuador por otra*, se incorpora al ordenamiento jurídico, las disposiciones de dicho instrumento legal para que todas las instituciones públicas que están cubiertos por el Acuerdo Comercial cumplan con esta normativa.

En ese sentido, las obligaciones a aplicar como criterios de transparencia, trato justo, trato nacional o menos favorable, publicación de la información y plazos de contratación pública por parte de las entidades contratantes son en función del Acuerdo Comercial que se basa, por ejemplo en Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, “reconociendo que el trabajo decente representa un papel importante en la eficiencia económica”⁸⁹, también se basan en Acuerdos Internacionales como el Protocolo de Kyoto, el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, normativa internacional sobre medio ambiente que promueven

⁸⁹ Ecuador, *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia, el Perú y Ecuador por Otra*, Registro Oficial 808, 23 de diciembre de 2016, art.271.

la conservación, uso sostenible de los recursos naturales, reducción de contaminación y el desarrollo sostenible con el uso de mecanismos.

Finalmente la contratación pública es una institución jurídica que pertenece al Derecho público y se encuentra en la esfera del Derecho Administrativo, mismo que se encuentra compuesto por una serie de actividades y hechos meramente administrativos, en ese sentido el Sistema Nacional de Contratación Pública es un conjunto de procedimientos e instrumentos jurídicos articulados que podrían aplicarse en la contratación en el Ecuador para que la compra pública sea socialmente responsable que permitiría desarrollar las industrias nacionales, estimular la actividad económica al interior del país y satisfacer una finalidad pública.

2. Rol de los organismos de control y regulación en la compra pública socialmente responsable

En esta primera parte, abordaré el rol de los actores externos autónomos que regulan al Sistema Nacional de Contratación Pública en vista de que “el control es una de las funciones del Estado y lo ejercen, de una u otra manera, todas las instituciones que lo conforman”⁹⁰ y en la segunda, trataré el papel que desempeñan estos entes de control para que la compra pública socialmente responsable sea insertada en los procesos de contratación y en el control posterior.

2.1. Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Como se mencionó, es un organismo de derecho público, regulatorio, con personería jurídica y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria que en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias emite resoluciones externas que regulan los procedimientos de contratación y compra a partir del año 2008.

Ahora bien, desde entonces y hasta el 2016, el SERCOP expidió una gran cantidad de normativa complementaria para la contratación, lo que generó dispersión al aplicar la Ley.

⁹⁰ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, (Montevideo: Martín Bianchi, 1986), 52-55.

Por ello, en ese mismo año esta entidad se vio en la obligación de recopilar las disposiciones legales ya existentes y emitir una nueva resolución, para unificar dicha documentación institucional en un solo cuerpo legal, contenida en la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000000072 en función de la disposición transitoria cuarta de la normativa últimamente reformada en ese entonces.

Pese a la intención de tener una recopilación única, hoy en día persiste el problema de excesiva reglamentación a la Ley, y nos volvemos a encontrar con la explosión normativa que teníamos en años pasados, dejándose evidente una inseguridad en cuanto a la contratación, porque las resoluciones presentan vacíos legales y hasta contradicciones entre sí, haciendo que los procesos de contratación sean sumamente complejos y difíciles de entender para los operadores del portal, proveedores y profesionales del derecho que ejercen esta especialidad, cabe señalar que la problemática antes mencionada es importante, pero no es el objeto de la presente investigación por lo que no se ahondará más en este tema.

En la actualidad la reforma a la normativa específicamente en el artículo 6 que sustituyó a los numerales 15, 21, 22 y artículo 25 de Ley, representa una gran ayuda tanto para entidades contratantes como para los contratistas, ya que extiende el término local no solo a la circunscripción cantonal, sino también a lo parroquial, rural, provincial o regional. Ese sentido, la reforma es una herramienta para generar oportunidades laborales en ciertos procesos de contratación de obra pública, pues consiente en contratar la mano de obra de personas que habitan en la localidad, “permitiendo que los territorios locales o regionales (provinciales), se orienten hacia un desarrollo económico y puedan ser competitivos, logrando una mayor participación en los mercados”⁹¹ de una parte de personas que se dedican a la construcción.

Adicionalmente se destaca un nuevo requisito como es el de tener su domicilio por lo menos 6 meses en la localidad para poder calificar como local, evitando prácticas desleales empresariales que, al momento de lanzarse un proceso por el portal, cambian su domicilio para poder participar y contratar con el Estado de manera deshonesta, neutralizando a los proveedores locales que residen por mucho tiempo en el sector. En la actualidad la legislación referente a la contratación pública se refiere solo a procesos de obra pública, pero bien puede

⁹¹ Marco Cadena Moreno, “La Competitividad Territorial y Políticas Públicas Regionales”, Revista Análisis Económica, agosto de (2007):113. doi: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/7286-disparidades-competitividad-territorial-desarrollo-local-regional-america-latina>.

extenderse la regulación de la normativa a las distintas modalidades de contratación como por ejemplo lista corta de consultorías.

En relación con la compra socialmente responsable, luego de casi 8 años de emitida la Ley, este órgano de control en el año 2016 se preocupó de regular el tema de la inclusión y cómo las entidades públicas deberían desarrollarla con sus procesos de compra mediante la Resolución No. RE-SERCOP-2018-0000000092.

Estimo que, en función de la potestad regulatoria, el SERCOP no debería limitarse solamente a emitir una sola resolución para que la entidad pública al momento de evaluar y calificar una oferta en un proceso de Feria Inclusiva deba priorizar la oferta que contenga criterios de inclusión, pues la ponderación otorgada no es suficiente, ya que dicho cuerpo normativo no abarca todos los procesos de contratación y solamente se centra en uno de estos.

Lamentablemente la reglamentación antes mencionada es limitada solo al proceso de contratación denominado Feria Inclusiva, por lo que es deficiente para que la inclusión sea tomada en cuenta en el momento de elaborar la planificación de las distintas entidades públicas que conforman la administración, y para otros procesos de contratación en que podría darse la compra y contratación pública socialmente responsables.

Sin embargo, con la suscripción del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia, el Perú y Ecuador por otra, el órgano rector de la contratación propuso una guía práctica para la aplicación del Acuerdo Comercial que define los lineamientos para la ejecución de los procedimientos referente a contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas por dicho acuerdo ya que su cumplimiento es de responsabilidad de la entidad contratante, caso contrario la contratación se rige por la Ley como una herramienta en el ejercicio de la contratación pública.

En todo caso los lineamientos descritos en el Acuerdo Comercial podrían servir como base o un referente para ajustar nuestra normativa para que la compra pública sea socialmente responsable y de paso que sean aplicadas en la mayoría de los procesos de contratación, como por ejemplo, la emisión de nuevos pliegos inclusivos para las entidades contratantes en cumplimiento del mandato constitucional de priorizar la compra pública a favor de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y actores de la Economía Popular y Solidaria, de lo contrario el rol reglamentario no cumpliría con el mandato de promover la inclusión.

Por otro lado, debería ser público en el portal institucional una información que permita promocionar la compra pública socialmente responsable, en función del principio de publicidad que permita evidenciar el correcto funcionamiento de sistema de contratación pública incluyente, que debe ser aterrizado desde la planificación anual, especificaciones técnicas, términos de referencia, pliegos y finalmente en estricto cumplimiento del contrato.

2.2. Contraloría General del Estado

La Contraloría General del Estado es un “organismo técnico superior de control”⁹², su misión es controlar los recursos públicos para precautelar su uso efectivo, en beneficio de la sociedad ya que “las contralorías han desarrollado esta facultad que le da la Constitución Nacional, en sus propias normas para el ejercicio del control fiscal, que les permite evaluar la gestión administrativa de los entes públicos y el buen uso de los recursos”⁹³.

En este sentido, el control externo de la “gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental”⁹⁴ es realizado a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. Este ente de control por mandato supremo aplica un sistema de control, fiscalización y auditoría, bajo los principios constitucionales.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 15 existe una disposición en relación con las atribuciones de los organismos de control, lo cual señala que dichas instituciones deberán precautelar los procesos de contratación que se rijan de conformidad con la normativa, y en base a ello la Contraloría General del Estado realizará exámenes especiales a todas las entidades y funcionarios públicos que manejen recursos.

Ahora bien, en cuanto al control posterior que hace la Contraloría General del Estado a los procesos de contratación, debo señalar un ejemplo que se analizó en el capítulo anterior, relacionado al no pago de las obligaciones laborales por parte de un contratista con sus trabajadores en el marco de un contrato administrativo, en el cual se evidenció irregularidades por la falta de enrolamiento a la seguridad social, ya que esto no solamente ocasionó un perjuicio económico al Estado directamente, sino que también se evidenció un perjuicio a los

⁹² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002. art. 29.

⁹³ Enrique Romero Romero, *Presupuesto público y contabilidad gubernamental*, 5ª ed. (Bogotá: EcoEdiciones, 2013), 206.

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 19.

derechos de las personas trabajadoras a la seguridad social, pues la compra pública socialmente responsable promueve el trabajo decente, pero en este caso no se concretó esta finalidad por el incumplimiento de la normativa; la responsabilidad legal y correcta ejecución en los procesos recayó sobre los servidores designados para el efecto a quienes se glosó por responsabilidad civil culposa⁹⁵.

Es necesario mencionar que este organismo, debería ampliar su control posterior en procesos de contratación, así como también a verificar el cumplimiento de criterios de compra pública socialmente responsable, pues los funcionarios encargados no deberían limitarse a hacer solo procesos de auditoría contable de recursos para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sino que deberían ver en qué medida la gestión de la máxima autoridad y servidores públicos cumplió con que la compra pública sea socialmente responsable al tratarse de una condición esencial del contrato, cuando así se hubiere planificado.

Por lo tanto, la inobservancia de la compra pública socialmente responsable establecida en los términos de referencia, especificaciones técnicas, pliegos y sobre todo de la normativa, conllevará al incumplimiento del contrato y finalmente podría generar la terminación unilateral por parte del Estado, que desemboca en la sanción del contratista y la determinación de responsabilidades por los organismos de control.

3. El rol de los proveedores del Estado en la compra pública socialmente responsable

En el siguiente acápite, presentaré cual es el rol de los proveedores del Estado, en función del objetivo primordial de esta tesis de indagar para que la compra pública sea socialmente responsable, ya que lo ideal sería que todo proceso de contratación requiera contener criterios inclusivos.

Jaime Arana en su trabajo sobre las Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales, plantea que “la contratación pública desempeña un papel

⁹⁵ Ver *Resolución No. 4335*, Examen Especial DIAPA-0013-2017, 12 de julio de 2013, Considerando I.

clave en las actividades del Estado, que a través de los contratos públicos el estado persigue alcanzar sus finalidades y cometidos, entre ellos el de satisfacer, de manera eficiente, las necesidades de los ciudadanos y dar respuesta a los problemas sociales”⁹⁶. Tanto el sector público como el privado debe asumir un rol protagónico en el desarrollo sustentable, incorporando criterios sociales, éticos y ambientales en las decisiones de compra y contratación, lo que conlleva a que los proveedores y operadores de la contratación adopten dichos criterios para contribuir al ahorro del recurso fiscal y estimular el cumplimiento de la normativa laboral y ambiental que incentiven el consumo de productos sustentables en el marco de políticas sociales, inclusivos y ambientales.

Este tipo de implementación hace que la compra pública se encamine a ser socialmente responsable, como lo han comprendido Canyelles, Bernete García, Morón Urbina, sin embargo, las críticas a este tipo de sistema se han basado antiguamente en la carencia de legalidad en función de la falta de un marco legal en la Unión Europea. Para lo cual Jaime Arana describe el origen de la contratación pública socialmente responsable, que parte de la consagración de las cláusulas sociales que fueron tomadas en cuenta en el siguiente marco normativo:

Convenio Relativo a las Cláusulas Sociales de Trabajo en los Contratos celebrados por las Administraciones Públicas No. 94 de la Organización Internacional del Trabajo que tienen como objeto el de impedir que se firmen contratos administrativos que atenten a la protección social y que esos contratos motiven niveles altos de protección para que la Administración pública actúe como un ejemplo de empleador.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, establece que la comunidad tiene por misión, promover un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, un alto nivel de empleo y de protección social la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, la elevación del nivel y de calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

El libro verde de la Contratación Pública que estableció varias directrices como: La política social de la Unión Europea debe velar por un elevado nivel de empleo y protección social, libre de circulación de trabajadores, igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, refuerzo de la cohesión económica y social, mejora de las condiciones de trabajo, elevar el nivel de protección de salud, fomento de la educación y capacitación de calidad y la inclusión de las personas con discapacidad.⁹⁷

⁹⁶ Jaime Rodríguez Arana, *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Primera 1era Edición, INAP, 2017), 345.

⁹⁷ *Ibíd.* 347-348.

Para alcanzar estos objetivos planteados los Estados miembros de la Unión Europea han ido implementando progresivamente las políticas de carácter social y ambiental al momento de adjudicar contratos, ya que a través del contrato público se puede exigir al contratista el cumplimiento de la normativa que permiten que las contrataciones públicas sean socialmente responsables.

En el Ecuador se puede implementar gradualmente este tipo de mecanismo para que se excluya de los contratos administrativos a las empresas que hayan sido sancionadas por la violación al derecho del trabajo y seguridad social. Se puede incorporar en la ejecución del contrato público que deberá respetarse toda normativa de carácter social para fomentar el empleo de la mujer y hombres en igualdad de condiciones y la inclusión de personas con discapacidad en base a la Constitución del Ecuador, en el artículo 66, numeral 2, que reconoce y garantiza el derecho a una vida digna que asegure el trabajo, empleo y otros servicios sociales, en concordancia con el artículo 33 de la Constitución del Ecuador que dice: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”⁹⁸.

En estos articulados se destaca el pleno derecho de todo trabajador al trabajo como un deber social y económico como la base de un país para construir una sociedad incluyente, en donde el ser humano es el centro de la acción pública. Sin embargo, es necesario que se establezca en materia de contratación pública, las consecuencias jurídicas que conlleva el incumplimiento de estas disposiciones, para el efecto los entes de control del Estado deberán asumir un rol protagónico a la hora de verificar el cumplimiento de la normativa vigente.

3.1. Inclusión de género

A fin de “reducir la brecha de empleo adecuado entre hombres y mujeres del 33,5% al 28,7% a 2021”⁹⁹ y en cumplimiento con lo arriba señalado es importante tomar en cuenta

⁹⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Art. 33.

⁹⁹ Ecuador Secretaría Técnica Planifica del Ecuador “Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, accedido 30 de junio de 2019, pág. 58. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf

la oportunidad que nos brinda la Constitución, ya que, por medio de la contratación pública, el Estado alcanza el progreso social y acceso al empleo. Así mismo fomenta el desarrollo inclusivo, que nace de una política social que implica la igualdad en el acceso a un trabajo como un derecho humano que cierra las brechas laborales por género e igualdad de oportunidades.

Mas allá de lo antes dicho, la esfera del mercado de trabajo para las mujeres es complicado, en el sentido de que las plazas de empleo tradicionalmente han sido ocupadas por hombres en una sociedad machista; es aquí donde el rol del sector privado y público es determinante para el desarrollo de una sociedad justa, equitativa y solidaria, con la implementación de políticas inclusivas de género.

La inclusión de género es tomada levemente en un solo proceso de contratación, por ejemplo, previo al lanzamiento de un proceso de Feria Inclusiva, el proveedor deberá presentar la documentación que permita justificar el reclutamiento del 65% de mujeres que se encuentren en la nómina institucional, aporte que incluye a la mujer trabajadora que en muchos casos son madres de familia con cargas familiares que alimentar, olvidando que la participación de la mujer se puede promover desde los diferentes procesos de contratación.

En ese sentido la contratación pública no puede ser considerada como un fin per se, sino que debe ser una herramienta que permita conseguir objetivos sociales, sin embargo, en la normativa actual, la inclusión de género está presente de forma expresa en un solo proceso de contratación, particularidad que debe ser reformada.

Ahora bien, en la fase preparatoria de los contratos, antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo con el objeto de contratación, sabemos que hay que contar con estudios de mercado, diseños, especificaciones técnicas y demás documentos precontractuales, es justamente en este punto donde debemos identificar los aspectos sociales que respondan a las preocupaciones sociales que deberán ser ejecutados a través del proceso de contratación hasta la adjudicación y el desarrollo del contrato.

Por ejemplo: en un proceso de contratación que requiera “la confección de uniformes escolares”, en sus pliegos se estipulará un criterio en donde los trabajadores prestarán sus servicios en el proceso de confección de uniformes en igual de condiciones de trabajo digno, teniendo en cuenta que la mano de obra es del 65% de mujeres que laboran en la empresa, nómina que se adjunta a la oferta.

En ese sentido, estimo que la reforma normativa es necesaria para mejorar la inclusión de género, en el cual se establezcan la reserva de contratos para determinadas empresas que promuevan la equidad de género dentro de su plantilla de trabajo, emulando la experiencia internacional, en donde por ejemplo las Directivas de contratación de la Unión Europea establecen la ubicación de criterios sociales a tomar en cuenta cuando las entidades elaboran sus pliegos de contratación y que regirán en el contrato, para encaminar a que la compra sea socialmente responsable en el Ecuador.

3.2. Oportunidades laborales

Como se mencionó en el acápite anterior la oportunidad que nos brinda la Constitución, debe ser aprovechada por medio de la contratación pública, herramienta que permitirá cerrar las brechas laborales por igualdad de oportunidades de trabajo para personas con discapacidad al momento de adjudicar contratos, permitiendo que las contrataciones públicas sean socialmente responsables y que contribuirían a su vez en el desarrollo profesional de este grupo de personas. Sobre este particular, Ribera y Martínez hacen referencia a la contratación de personas con discapacidad:

La compra social considera aspectos como la calidad en el empleo, la contratación de personas con discapacidad o en riesgo o situación de exclusión social, la contratación de empresas de economía social, y pequeñas y medianas empresas, la promoción de la igualdad de oportunidades, de la accesibilidad y diseño para todos y de la Responsabilidad Social Corporativa.¹⁰⁰

En nuestro medio las personas con discapacidad están amparadas en la Constitución del Ecuador en los artículos. 47, 48 y 49, se mencionan los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, y al referirnos a las personas con discapacidad, la Ley Orgánica de Discapacidades en su artículo 6, considera a la “persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su

¹⁰⁰ Germán Granda, “La compra pública responsable, gran dinamizadora de la sociedad”, *Foretica*, 17 de febrero de 2017, 6 http://congresocompraresponsable.es/ndp-se-celebra-el-iv-congreso-de-compra-responsable-la-responsabilidad-social-empresarial-a-traves-de-la-compra-responsable-y-la-contratacion-sostenible_

capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento”.¹⁰¹ Con base a esta normativa es importante recomendar a las empresas del sector público y privado puedan reconocer a las personas con discapacidad como un grupo de interés primordial y a su vez hacerles partícipes en los procesos de contratación como usuarios, clientes, proveedores etc., esto es un primer paso, pero falta por hacer, pues en la fase preparatoria de los contratos, antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo con el objeto de contratación, podemos identificar los aspectos sociales que reconozcan los derechos sociales en favor de las personas con discapacidad.

Por ejemplo: durante la evaluación de ofertas, previo a la adjudicación, para implementar las contrataciones públicas socialmente responsables, se puede utilizar como factor de ponderación positiva frente a otros oferentes el siguiente texto: la entidad contratante asignará puntaje a los oferentes que en su nómina de trabajadores excedan el porcentaje establecido en la Ley de Discapacidades.

En ese contexto, se debe tener precaución de que el criterio inclusivo se relacione con el objeto de contratación y que no represente un factor de discriminación y atente a la libre competencia de ofertar, asimismo estimo que la reforma normativa es necesaria para mejorar la inclusión de personas con discapacidad, en la cual se establezcan la reserva de contratos para determinadas empresas que promuevan la contratación de personas con discapacidad dentro de su nómina de trabajo.

Frente a este panorama el cambio en la contratación pública es un desafío para el Ecuador para asentar el crecimiento económico y el bienestar social de este grupo importante de personas en empresas e industrias. De hecho, el Ministerio de Trabajo puede informar si determinada empresa ha gozado de beneficios al contratar a personas con discapacidad al Servicio Nacional de Contratación Pública para que esta información pueda ser utilizada en la elaboración de pautas para promover la compra pública responsable, pues si se aprovecha la calidad de la fuerza de trabajo se generarían empleos de buena calidad y mejoraría la distribución de ingresos igualitarios.

¹⁰¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Registro Oficial, Suplemento No 796, 25 de septiembre de 2012, art. 6.

3.3. Beneficios en los procesos de contratación pública para propender a futuro se logre incorporar la compra pública socialmente responsable en el Ecuador

El resultado de una responsabilidad ambiental permite satisfacer las necesidades de las generaciones actuales, pero sin afectar la capacidad de las generaciones futuras dentro de las operaciones comerciales del sector público o privado, ya que nos ayuda a promover el progreso económico y social respetando los ecosistemas naturales y la calidad del ambiente.

Básicamente la responsabilidad ambiental se basa en la incorporación de requerimientos medioambientales en los contratos, como, por ejemplo: la eficiencia energética, el empleo de energías renovables, la minimización de emisiones de gases efecto invernadero, etc.; en esencia se trata de garantizar una mejor calidad de vida para la población actual y futura, desembocando en el desarrollo sostenible y el respeto al medio ambiente.

La tendencia más reciente sobre la responsabilidad ambiental, planteada para el sector privado, se ejemplifica en la certificación *Punto Verde* del Ministerio del Ambiente, que incentiva al sector público y privado a emplear prácticas productivas en beneficio del ambiente, pues el objetivo de este reconocimiento es el de “incentivar a las empresas de producción y servicios del Ecuador implementar la estrategia de Producción Más Limpia como una herramienta para el mejoramiento del desempeño ambiental y posicionamiento competitivo de las empresas en el mercado nacional, regional e internacional”¹⁰², este reconocimiento fomenta la conservación y protección del ambiente en el sector de la industria; así mismo el Programa *Socio Bosque* que se planteó como meta “la conservación de más de 3.600.000 de hectáreas de bosque nativo, páramos y otras formaciones vegetales nativas del Ecuador, en el plazo de siete años, con la participación de 500.000 a 1’500.000 beneficiarios”¹⁰³ para incentivar económicamente a las personas, naturales, jurídicas, cooperativas, entre otros, a que promuevan la conservación de los bosques en el Ecuador.

Como se ha evidenciado, existen varios beneficios manifiestos en la normativa que favorecen a varios actores y sectores, estimo pertinente que el legislador o el órgano regulador en la contratación, de una u otra manera emule los beneficios y estímulos hacia la

¹⁰² Ecuador Ministerio del Ambiente, *Mecanismos para otorgar la certificación ecuatoriana ambiental “Punto verde” procesos limpios* (Quito: Ministerio del Ambiente MAE, 2010-2011), 2.

¹⁰³ Ecuador Ministerio del Ambiente, *Manual Operativo Unificado Proyecto Socio Bosque* (Quito: Ministerio del Ambiente MAE, 2009-2011), 2.

Ley de contratación pública en el Ecuador para que la compra pública tienda a ser socialmente responsable como, por ejemplo, al momento de verificar el cumplimiento de parámetros y exigencias de “Cumple / No cumple” propuestos en la metodología del oferente.

Con lo antes dicho, tanto en la inclusión de género, como en oportunidades laborales, e inclusión de personas con discapacidad, y la responsabilidad ambiental, aunque no están específicamente regulados e incluidos en la Ley ni en el Reglamento, salvo en la feria inclusiva, pero por los principios que rigen la contratación pública, podrían incluirse criterios de compra pública socialmente responsable en casi todos los procesos de contratación.

Inclusive una forma de hacerlo, sin reforma legal, por dar un ejemplo, sería en el procedimiento de cotización de bienes y servicios, específicamente, en la metodología de evaluación de ofertas, cuando los parámetros de evaluación sean “Por Puntaje” se podría asignar puntos adicionales a la oferta que ofrezca inclusión de género, inclusión de personas con discapacidad, responsabilidad ambiental etc., y que cuenten con el medio de medición y comprobación, frente a la oferta que ofrece los requerimientos fijadas como mínimos o máximos, esta ponderación será determinante para que una oferta con criterios de inclusión pueda acceder a contratar con el Estado.

Cabe señalar que estos requerimientos no son restrictivos o discriminatorios pues se enmarcan en los principios constitucionales que de una u otra manera se derivan en los principios legales de la contratación pública, pues dicha calificación permitirá adjudicar a la oferta que obtenga el mayor puntaje de acuerdo con la valoración de los parámetros y cuyos resultados combinen los aspectos técnicos, financieros, legales y económicos de las ofertas, que permitan que la compra pública sea socialmente responsable con la participación de los diferentes actores.

Es así que la viabilidad de una contratación pública socialmente responsable hace posible que las personas con discapacidad puedan tener un empleo para cubrir sus necesidades, sin obstáculos ni discriminaciones ya que por medio de la contratación pública se generan plazas de empleo y oportunidades laborales a hombres y mujeres en igualdad de condiciones, para que en la fase contractual de ejecución del contrato se deba velar por el cabal cumplimiento a través del administrador de contrato, en este caso el trabajo del administrador es la de mantener registros detallados sobre el cumplimiento del contratista en relación a las obligaciones sociales y laborales, es decir, la presentación de la documentación

que acredite el pago de salarios y demás compensaciones establecidos en el código de trabajo y seguridad social como condición previa al pago por los servicios prestados.

Por lo tanto, el beneficio es mutuo, en vista de que el Estado reduce el gasto público, se aumenta el número de afiliados que aportan a la seguridad social, se beneficia indirectamente por el fruto del trabajo de las personas cuando adquieren productos gravados con impuestos y la reducción económica de la entrega de bonos de solidaridad. Por último uno de los temas que queda por explorar es el de los posibles riesgos del abuso de la compra pública socialmente responsable, tomando en cuenta que esta loable herramienta no es un arma de “desproporcionado dirigismo estatal”¹⁰⁴, pues las administraciones públicas y entes de control deberán estudiar y evaluar la eficiencia de su implementación para verificar con prudencia si se alcanzan los objetivos sociales, laborales y ambientales en función de la política pública sin afectar los principios de la contratación en el Ecuador.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 358.

Conclusiones

La contratación pública es una herramienta utilizada por las instituciones gubernamentales a fin de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, alineada con los distintos principios como: legalidad, igualdad, concurrencia, trato justo, oportunidad y participación nacional, en ese sentido, la compra pública socialmente responsable permitiría un crecimiento de la sociedad de manera sostenible e integradora para dinamizar la economía del país, que garantice el uso eficiente de los recursos públicos en función de las políticas sociales del Ecuador que se encuentran ligadas al Plan Nacional de Desarrollo.

Las administraciones públicas en el rol de entidades contratantes deben promover en la medida de lo posible las políticas de inclusión e inserción social, desde la compra pública socialmente responsable, que abarcaría la inclusión a grupos prioritarios como personas con discapacidad; la promoción de oportunidades laborales en igualdad de género para hombres y mujeres; la inserción de actores provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. No obstante, se deberá instruir a los funcionarios administrativos que manejan compras públicas en actividades del día a día de la compra pública, tales como la planificación, elaboración de pliegos, especificaciones técnicas, diseño, y en particular la capacitación sobre la correcta aplicación de la normativa social, laboral, y ambiental. Esto con la finalidad de que se promueva la participación de todos los actores involucrados para alcanzar una compra sustentable, que por ejemplo incluya productos amigables con el ambiente, que permitan el aprovechamiento racional de recursos naturales y el uso de recursos renovables, el uso de materiales reciclados, uso de productos de larga vida, entre otras consideraciones ambientales, que benefician a la sociedad y las compras verdes socialmente responsable que mitiguen el cambio climático, sin afectar los ecosistemas naturales y la calidad del ambiente de las generaciones futuras.

Como se podrá notar, a través de la *compra pública socialmente responsable* se fomentaría también en las empresas una responsabilidad social empresarial en beneficio de la sociedad, esto es el respeto de los derechos del trabajador, ya que el trabajo es derecho constitucional y un deber social y económico en donde el Estado garantiza a las personas el respeto de su dignidad, trabajo decente e inclusión de género; pero aún se debe realizar acciones para evitar las diversas formas para evadir la responsabilidad precontractual y

contractual, ya que en la práctica tanto el sector privado como el sector público y sus organismos de control podrían mejorar la compra pública socialmente responsable con: campañas que eviten la contratación irresponsable de empresas que hayan sido sancionadas porque irrespetan los derechos de los trabajadores; empresas que hagan discriminación de género; empresas que no se incluyan dentro de su nómina el porcentaje de personas con discapacidad según lo establece la normativa, criterios que deberán ser incluidos a través de la Ley.

El SERCOP ha brindado un gran aporte normativo para que las entidades contratantes y los contratistas cierren el ciclo de incentivo y apoyo a los productos y servicios nacionales en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas en el ámbito local y nacional, sin embargo, debería incluir normas o directrices para que en los procesos de contratación las empresas puedan obtener una certificación ambiental que propenda a que la compra pública sea socialmente responsable como requisito; esto sería un primer mecanismo para promover la compra inclusiva y con ello reducir en gran medida el miedo e incertidumbre de los servidores públicos que la quieran promover, pues el cambio no debe de ser solo en la Ley como se ha enfatizado anteriormente, sino desde la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, los estudios de mercado, especificaciones técnicas, términos de referencia, ponderación de ofertas y demás, lo que promoverá la compra pública socialmente responsable.

Finalmente, para propender a futuro se logre incorporar la compra pública socialmente responsable en el Ecuador, es necesario tener en cuenta antes de adjudicar, aspectos medioambientales en la oferta que sean superiores al mínimo establecido en el pliego y especificaciones técnicas, que dichos aspectos ambientales y laborales estén vinculados con el objeto del contrato, y por último que dichos aspectos medioambientales y laborales de inclusión sea valorados de manera objetiva y cuantificables de forma que todos los oferentes puedan conocer los aspectos ponderados sin afectar los principios de la contratación en el Ecuador.

Bibliografía

- Alemania. Directrices para la contratación de suministros, obras y servicios asociados en el marco de la Cooperación Financiera Oficial con países socios. 01 de agosto de 2016.
- Bermejo Vera, José y Escartin Escude, Víctor. Diccionario de contratación pública, Primera Ed. Madrid: Iustel, 2009.
- Bernal Blay, Miguel Ángel. “Hacia una contratación pública socialmente responsable”, Revista Aragonesa de Administración Pública, (2008): 113, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5573370>.
- Bursaco Samper, María. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de los objetivos sociales”. Revista de Economía pública, Social y Corporativa, No. 86, 2016: 288, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5585459>.
- Cadena Moreno, Marco. “La Competitividad Territorial y Políticas Públicas Regionales”. Revista Análisis Económica, agosto de 2007:113. doi: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/7286-disparidades-competitividad-territorial-desarrollo-local-regional-america-latina>.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. Sobre derecho administrativo. Tomo II Montevideo: Marcial Pons, Primera Edición Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- Canyelles, Josep María. “Responsabilidad social de las administraciones públicas”. Revista de Contabilidad y dirección, Vol. 13, Barcelona 2011: 83-95, doi: https://newsletter.collaboratio.net/mm/File/es/Art.jmcanyelles_Nota_tecnica_Responsabilidad_social_de_las_administraciones_publicas_RSA.pdf.
- Capello, Marcelo Luis. “Gasto público eficiente: Propuestas para un mejoramiento en los sistemas de compras y contrataciones gubernamentales”. Revista Actualidad Económica, abril de 2015:11-12-19. doi: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TO DO=Marcelo+Luis.

- Caroy Zelaya, Miguel. “Redefiniendo a la política de promoción de las mype en las compras estatales”. Revista de la facultad de Derecho PUCP, No. 66 2011: 11, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3133/3476>.
- Catalina Viteri, Andrea. Derecho de la Contratación Pública. Tomo I, Quito: Ediciones FG, 2013.
- Comisión de las Comunidades Europeas. Fomentar un Marco Europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas. Brúcelas: Libro verde: Comisión de las Comunidades Europeas 2001, 7, <https://observatoriorsc.org/libro-verde-fomentar-un-marco-europeo-para-la-responsabilidad-social-de-las-empresas/>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. “Indicadores de producción verde: Una guía para avanzar hacia el desarrollo sostenible”: CEPAL. 01 de febrero de 2017, 50, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40967/S1700065_es.pdf?rsequence=4&isAllowed=y.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. “La calidad de empleo en américa latina”, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 14 CEPAL, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5341/1/S2011956_es.pdf.
- Comunidad Andina Comisión de la Comunidad Andina. Sistema Andino de Estadística de la PYME, Decisión 702, 10 de diciembre, art. 3.
- Coraggio, José. Problematizando la economía solidaria y la globalización alternativa. Manabí: Editores S.A.,2010, 78.
- De la Guerra, Eddy. “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”. Revista FORO No. 25 (2016): 22, doi: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5763/1/05-TC-Guerra%20De%20La.pdf>.
- Díaz, Juan Francisco. “La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano”.

tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014, 12, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4155>.

Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Quinta Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Quinta Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

Ecoembes. “Las compras verdes y socialmente responsables, tanto en el ámbito público como en el privado, son una herramienta esencial para lograr un desarrollo sostenible”.

Ecoembes. accedido 29 de mayo de 2019, párr. 3, <https://www.ecoembes.com/es/administraciones/compras-verdes>.

Ecuador Contraloría General del Estado. Resolución No. 4395, Examen Especial DIAPA-0013-2017, 12 de julio de 2013.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia de casación”, en Juicio No. 17811-2016-01271, 19 de octubre de 2017.

Ecuador Ministerio del Ambiente. Manual Operativo Unificado Proyecto Socio Bosque. Quito: Ministerio del Ambiente MAE, 2009-2011.

Ecuador Ministerio del Ambiente. Mecanismos para otorgar la certificación ecuatoriana ambiental “Punto verde” procesos limpios. Quito: Ministerio del Ambiente MAE, 2010-2011.

Ecuador Secretaría Técnica Planifica del Ecuador. “Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 accedido 30 de junio de 2019, pág. 58, https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf.

Ecuador Servicio Ecuatoriano de Normalización. “Mipymes y Organizaciones de Economía Popular y Solidaria son una pieza clave para la economía del país”. Servicio Ecuatoriano de Normalización, 2019, 7, <https://normalizacion.gob.ec/mipymes-y-organizaciones-de-economia-popular-y-solidaria-son-una-pieza-clave-para-la-economia->

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. “Modelo de pliego de los procedimientos de contratación de bienes y/o servicios: Versión SERCOP 2.1, 2017”.

Servicio Nacional de Contratación Pública, 2017, 5,
https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/menor_cuantia.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. Informe de Rendición de cuentas 2017, Quito, 2017, Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2017.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. Informe de Rendición de Cuentas 2018. Quito, 2018.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015, Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000000072, en Registro Oficial, Suplemento No. 2455. 29 de enero de 2018.

Ecuador Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. “La SEPS sigue cumpliendo con su plan de capacitaciones anual”. Super Intendencia de Economía Popular y Solidaria, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 3, <http://www.seps.gob.ec/noticia?canicultores-de-naranjal-fueron-capacitados-por-la-seps>.

Ecuador. Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia, el Perú y Ecuador por Otra. Registro Oficial 808, 23 de diciembre de 2016.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial Suplemento 595, de 12 de junio de 2002.

Ecuador, Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial, Suplemento No 796, 25 de septiembre de 2012.

Ecuador, Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas. Registro Oficial, Suplemento No. 652, 21 de agosto de 2018.

Ecuador, Ley Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización. Registro Oficial, Suplemento No. 150, 29 de diciembre de 2017.

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

Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. en Registro Oficial Suplemento No. 395, 04 de agosto de 2008.

Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial, Suplemento No. 588, 12 de mayo de 2019.

Ekos. “Responsabilidad Social de los grupos económicos del Ecuador”. Ekos, 02 de marzo de 2012, 1, <https://www.ekosnegocios.com/articulo/responsabilidad-social-de-los-grupos-economicos-del-ecuador>.

El Comercio. “20 Grandes casos están en proceso en Ecuador”. El Comercio, 02 de diciembre de 2020,1, <https://www.elcomercio.com/actualidad/grandes-casos-corrupcion-ecuador-correismo.html>.

El Comercio. “Proveedores deben esperar hasta mayo del 2019 por los pagos”. El Comercio, 31 de enero de 2019, 1, <https://www.elcomercio.com/actualidad/proveedores-ecuador-pagos-finanzas-protestas.html>.

Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Bogotá: Primera Edición Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ferraro, Carlo y Stumpo, Giovanni. Políticas de apoyo a las PYMES en América latina Entre avances innovadores y desafíos institucionales. Santiago de Chile: CEPAL julio de 2010.

Fons, Daniel Martínez. “Clausulas sociales, libre competencia y contratación pública”. Taula d’entitats del Tercer Sector Social de Catalunya, 2009, 8, http://www.tercersector.cat/sites/tercersector.cat/files/estudi_daniel_martinez_fons.pdf.

García R, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Decimoctava Edición Bogotá: Editorial TEMIS S.A, 2013.

García, María del Carmen. “La participación pública en temas ambientales”. en un fallo del Superior Tribunal de justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala No. 1 de lo Penal, Revista de Derecho Público, 1ª ed., (2009):34, doi: <http://www.rubinzal.com.ar/libros/derecho-ambiental--i/3409/>.

Granda, Germán. “La compra pública responsable, gran dinamizadora de la sociedad”. Foretica, 17 de febrero de 2017, 6, <http://congresocompraresponsable.es/ndp-se-celebra-el-iv-congreso-de-compra-responsable-la-responsabilidad-social-empresarial-a-traves-de-la-compra-responsable-y-la-contratacion-sostenible>.

Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos Públicos. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004.

Jaramillo, Hernán Ordoñez. Manual de Contratación Pública. Quito: Impreso y editado en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Printed in Ecuador/Impreso en el Ecuador, 1996.

Jiménez, Efraim y Roca, María Eugenia. “Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe”. BID, 01 de noviembre de 2017, 1, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Innovaci%C3%B3n-en-los-m%C3%A9todos-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Casos-de-estudio.pdf>.

Juan, Benete, García. “Cláusulas sociales en la contratación pública: instrumento para el fomento de empleo a nivel local”. Vol. 8, No. 1 Curitiba / Programa de Pos-Grado en derecho de PUCRP, Janeiro 2017: 1, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172753>.

Lesmes Zabalegi, Santiago y Álvarez de Leire, Eulate Bada. Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable. Bilbao: ReasEuskadi 2014, 7, http://base.socioeco.org/docs/guia_20reas.pdf.

- Moreno Peralta, Ana Cristina. “De la compra socialmente responsable a la inclusión en la contratación pública en el Ecuador: Concepto de la compra pública socialmente responsable”. tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017, 11, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5828>.
- Morros Ribera, Jordi y Vidal Martínez, Isabel. Responsabilidad Social, Sostenibilidad. GRI E ISO 26000, Madrid: Fundación CONFEMETA, 2014, 17.
- Ordoñez, Hernán Jaramillo. Manual de Contratación Pública. Quito: Universidad Nacional de Loja, 1996.
- Organización Internacional del Trabajo. “Trabajo decente en los países andinos”. OIT, accedido 29 de mayo de 2019, párr. 1, <https://www.ilo.org/lima/temas/trabajo-decente/lang--es/index.htm>.
- Organización Internacional del Trabajo. El Trabajo decente. Una Lucha por la dignidad humana. Los Ángeles, Estados Unidos: Organización Internacional del Trabajo, 1999, 14 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf.
- Paladino, M. La comunicación de la responsabilidad de la empresa en la sociedad: ¿hacer o parecer? Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2006.
- Pérez, María Jesús. Voluntariado Corporativo para el Desarrollo, Una herramienta estratégica para integrar empresa y empleados en la lucha contra la pobreza. Responsabilidad Social Corporativa global y Voluntariado Corporativo para el Desarrollo. Bruselas: CODEPSA, 2012.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. “Compras públicas sustentables en el MERCOSUR”. PNUMA, 01 de enero de 2020, pág. 29-30, <http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. “Compras públicas sustentables en el MERCOSUR”. PNUMA, 01 de enero de 2020, pág. 35,

<http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>.

Programa de Universidades por el Comercio Justo. “Inserción de criterios de sostenibilidad en los contratos de suministro de productos”. accedido 02 de enero de 2020, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID), 5, http://www.cilma.cat/wpcontent/uploads/2010/09/criteris_de_sostenibilitat_en_els_contractes_publics_de_productes_textils_2009.pdf.

Programa de Universidades por el Comercio Justo. “Inserción de criterios de sostenibilidad en los contratos de suministro de productos”. accedido 02 de enero de 2020, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID), 8-9, http://www.cilma.cat/wpcontent/uploads/2010/09/criteris_de_sostenibilitat_en_els_contractes_publics_de_productes_textils_2009.pdf.

Rodríguez Arana, Jaime. “Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global”. Revista de Derecho Segunda época, No. 12 (2016): 195, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119765>.

Rodríguez Arana, Jaime. Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales. Madrid: Primera 1era Edición, INAP, 2017, 345.

Rodríguez, Arana Jaime. “La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción”, Revista de Derecho Económico y socioambiental, Vol. 8, No. 1 Curitiba / Programa de Pos-Grado en derecho de PUCRP, Janeiro, 2017: 1, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172753>.

Rodríguez, Consuelo Gonzales. “Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional”. Revista Economía Informa No. 366, 2011: 60- 61-62, doi:<http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/366/08consuelo.pdf>.

Romero Romero, Enrique. Presupuesto público y contabilidad gubernamental. Bogotá: Quinta 5ta Edición, EcoEdiciones, 2013.

- Santofimio Gamboa, Jaime. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: universidad Externado de Colombia, 2004.
- Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. tomo I, Montevideo: Martín Bianchi, 1986.
- Scheubel, Verónica. Voluntariado Corporativo para el Desarrollo, Una herramienta estratégica para integrar empresa y empleados en la lucha contra la pobreza. Entender las fronteras permeables. Bruselas: CODEPSA, 2012, 281.
- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”. SELA, 01 de enero de 2020, pág. 18-47 <https://es.scribd.com/document/340735489/Las-Compras-Publicas-Como-Herramienta-de-Desarrollo-en-Alc-2015>.
- Toimón, Alonso y Burzaco, Samper María. “Contratación pública: Los criterios de adjudicación”, DYKINSON. Madrid, 2018.
- Villegas, Héctor. Manual de finanzas públicas. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- Weber, Gabriela. Debates sobre la cooperación y modelos de desarrollo. Quito: Centro de investigaciones CIUDAD., 2011.