

La contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea

Juan Aguirre Ribadeneira



Serie Magíster

La contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea

Juan Aguirre Ribadeneira



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CASA ANDINA

Serie Magíster
Vol. 259

La contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea
Juan Aguirre Ribadeneira

Primera edición

Coordinación editorial: Casa Andina y Jefatura de Publicaciones

Corrección de estilo: Guillermo Maldonado

Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro

Impresión: Ediciones Fausto Reinoso

Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,

Sede Ecuador: 978-9978-19-975-6

Derechos de autor: 057848

Depósito legal: 006542

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, diciembre de 2019

Título original:

«Incidencia del Acuerdo Comercial Multipartes,
ACM en el Sistema Nacional de Contratación Pública»

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho
con mención en Contratación Pública

Autor: Juan Fernando Aguirre Ribadeneira

Tutor: Genaro Eguiguren Valdivieso

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1807

A mis padres

CONTENIDOS

Lista de tablas y figuras.....	7
Agradecimientos	9
Siglas y acrónimos.....	11
Introducción	15

Capítulo primero

Marco internacional del acuerdo comercial suscrito entre Ecuador y la Unión Europea	21
1. El Acuerdo comercial en el marco normativo internacional con relación a la OMC y el Acuerdo sobre Contratación Pública.....	21
2. Aprobación del Acuerdo comercial.....	34

Capítulo segundo

Marco jurídico del Acuerdo comercial en contratación pública: condiciones regulatorias	39
1. Análisis del título VI (Contratación pública): principios y normativa jurídica	39
2. Normas jurídicas aplicables a la contratación pública.....	43
3. Métodos de contratación previstos en el acuerdo.....	49
4. Cobertura de la oferta ecuatoriana: anexo XII, sección D	52
4.1. Alcance institucional del acuerdo, umbrales y apertura al mercado	52
4.2. Alcance para la contratación de bienes, servicios y obras	57
4.3. Exclusiones generales.....	63
5. Proyección de la apertura	69

Capítulo tercero

Relaciones del Acuerdo comercial con el Sistema Nacional de Contratación Pública	73
1. El SNCP y su interacción con el acuerdo	73
2. Incidencia del acuerdo en el sistema de preferencias de la contratación pública ecuatoriana	83

3. Portal institucional del SNCP: relaciones y adecuaciones al acuerdo.....	90
Conclusiones y recomendaciones.....	97
Bibliografía	105
Anexos	111

LISTA DE TABLAS Y FIGURAS

TABLAS

1. Entidades contratantes y umbrales de contratación para la apertura del mercado de compras públicas a proveedores europeos	56
2. Simulación de apertura al mercado público por el ACM según el monto total de contratos adjudicados en 2013	70
3. Sistema de preferencias en la contratación pública	80
4. Variables para calificar el tamaño de las empresas	81
5. Incidencia del ACM en los procedimientos de contratación, 2015	84
6. Incidencia del ACM en las preferencias de la LOSNCP para los procedimientos de contratación	89
7. Incidencia económica y porcentaje de apertura por procedimiento de contratación, 2014	94
8. Simulación de apertura al mercado público por el ACM según el monto total de contratos adjudicados en 2014.....	95

FIGURAS

1. Codificación del CPC para productos metálicos, maquinaria y equipo	77
---	----

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis hijos, Bruno y Emilio, por dar sentido a mi existencia más allá de lo imaginable.

A mi compañera, Anabelle Plaza, mi admiración a su inteligencia; gracias por tu tesón, entrega, lucidez y cariño.

A Inés María Baldeón, por su amistad, de la que me honro.

A Jorge, Sonia, Carla, María Fernanda, Luis Fernando y Pedro, mi familia más cercana y entrañable, y a todas las compañeras y compañeros con quienes hemos compartido sueños y desvelos por la construcción de una vida justa, digna, igualitaria y solidaria. Los valoro profundamente.

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ACM	acuerdo comercial multipartes
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
aepys	actores de la economía popular y solidaria
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
CPC	Clasificación Central de Productos
DEG	derechos especiales de giro
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
Inec	Instituto Nacional de Estadísticas y Censos
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
mipymes	micro, pequeñas y medianas empresas
mypes	micro y pequeñas empresas
OMC	Organización Mundial de Comercio
PAC	Plan Anual de Contrataciones
PIB	producto interno bruto
RUP	Registro Único de Proveedores
Sercop	Servicio Nacional de Contratación Pública
SNCP	Sistema Nacional de Contratación Pública
SOCE	Sistema Oficial de Contratación del Estado
UE	Unión Europea
VAE	valor agregado ecuatoriano

*Los hermanos sean unidos,
porque esa es la ley primera;
tengan unión verdadera
en cualquier tiempo que sea,
porque si entre ellos pelean
los devoran los de ajuera.*

—José Hernández, *La vuelta de Martín Fierro*

Soy un hombre, nada de lo humano me es ajeno.

—Terencio, *Heautontimorumenos*

*En cuanto a mí,
busqué la libertad más que el poder,
y el poder tan solo porque en parte favorecía la libertad.*

—Marguerite Yourcenar, *Memorias de Adriano*

INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador llegó, en julio de 2014, a un acuerdo comercial preliminar con la Unión Europea (UE) destinado a la apertura de mercados, que considera por primera vez convenciones sobre contratación pública. La entrada en vigencia el 1 de enero de 2017 abre una serie de interrogantes sobre su conveniencia en términos de oportunidades de desarrollo de las actividades comerciales del mercado público, así como sobre la incidencia en la producción nacional y en el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), creado en agosto de 2008.

En el libro *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea* se señala que

[e]l proceso de negociación entre la Comunidad Andina —Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia— como bloque y la UE inició en el año 2006, en el marco de un «Acuerdo de Asociación (AdA)» que se sustentaba en tres ejes fundamentales: diálogo político, cooperación y el componente económico comercial. Este proceso inicial se truncó, Bolivia dejó la negociación debido a las diferencias respecto a la posición de la UE en cuanto a propiedad intelectual, lo que llevó a la UE a cambiar de estrategia, dejó atrás la idea de avanzar en un AdA y propuso negociar bilateralmente acuerdos comerciales económicos, Acuerdo Multipartes. Con esto, la posibilidad de avanzar en un acuerdo de asociación para el desarrollo, objetivo primordial del Gobierno ecuatoriano, se diluyeron debido a que los

aspectos de cooperación y diálogo político, como por ejemplo los referidos a las cuestiones migratorias, quedaron relegados.

Sin embargo, el Ecuador continuó abierto al proceso, pero en julio de 2009 suspendió las negociaciones debido a la disputa sobre el banano con la UE en la Organización Mundial de Comercio. Tras solucionarse el conflicto bananero, en febrero de 2010, Ecuador hizo saber su decisión de regresar a la mesa de negociación con la UE. En tanto, Colombia y Perú desde el inicio de las negociaciones continuaron con el proceso hasta finalizar las negociaciones con la UE en la Ronda de Bruselas en febrero de 2010.

A lo largo de 2011 se dieron algunas reuniones entre los equipos negociadores de Ecuador y la UE, pero no se llegó a solventar algunas posiciones sobre temas sensibles entre las partes.¹

Ecuador abandonó la negociación en ese entonces; sin embargo, en julio de 2013, cuando ya Colombia y Perú —sus socios comerciales— lo habían suscrito, efectuó un acercamiento con la UE que originó el retorno a las mesas de negociación en agosto de ese año, hasta su culminación con un acuerdo previo entre los jefes de delegación un año después (julio de 2014).

Luego de casi cuatro años de negociaciones, Ecuador cerró un acuerdo con la UE, que, conforme el principal del Ministerio de Comercio Exterior de ese entonces, «potencia al máximo las oportunidades, reduce a su mínima expresión los costos, respeta el modelo de desarrollo del país y permite proteger a nuestros sectores sensibles».²

El acuerdo comercial multipartes (ACM) trata sobre varios asuntos comerciales económicos organizados en diferentes mesas de negociación sobre inversiones, servicios públicos, propiedad intelectual, acceso a mercados de bienes agrícolas y bienes no agrícolas, reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, compras públicas, política de competencia, facilitación de aduanas, comercio y desarrollo sostenible,

1 Hugo Jácome, «Introducción», en *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la UE*, coord. Hugo Jácome (Quito: Flacso Ecuador, 2012), 11-2.

2 Andes, «Ecuador y la UE cierran acuerdo comercial multipartes tras 4 años de negociaciones», *Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Suramérica Andes*, 17 de julio de 2014, <http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-union-europea-cierran-acuerdo-comercial-multipartes-tras-cuatro-anos-negociaciones>.

solución de diferencias,³ etc. En el presente libro se tratará exclusivamente lo negociado por Ecuador en la Mesa de Compras Públicas.

El 4 de agosto de 2008 se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP);⁴ el 14 de octubre de 2013 se publicó la Ley Reformatoria a la LOSNCP,⁵ y con Decreto Ejecutivo 1700 se expidió el Reglamento General a la LOSNCP.⁶ Las normas legales en mención crean el SNCP como «el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley»,⁷ siendo los objetivos del sistema, entre otros, los que se citan a continuación y que se han determinado en el art. 9, num. 4, 5 y 6, del mismo cuerpo normativo:

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

5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta ley;

6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna.⁸

Ecuador, por primera vez en su historia, suscribe un acuerdo comercial en el que se han previsto normas de aplicación obligatoria para la contratación de obras, bienes y servicios que requiere el mercado público. Las normas constitucionales y legales enunciadas dan una

3 Alberto Acosta, «Amenazas de un TLC con la Unión Europea o la Constitución como punto de partida en las relaciones internacionales», en *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*, coord. Hugo Jácome (Quito: Flacso Ecuador, 2012), 72.

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

5 Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 100, 14 de octubre de 2013.

6 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700: Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.

7 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 7.

8 *Ibíd.*, art. 9.

preferencia a la producción nacional y temas de inclusión social, relacionadas con la participación de micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y actores de la economía popular y solidaria (aepys). Por tanto, es necesario conocer si esta preferencia fue o no considerada en el ACM.

Por otro lado, ¿qué apertura ofrece la contratación pública tomando en consideración que constituye un mercado fundamental en la economía del país? En efecto, en el año 2013 significó el 11,48 % del producto interno bruto (PIB), en 2014 corresponde al 8,11 % y el 29,3 % del Presupuesto General del Estado (inicial),⁹ mientras que las compras de las organizaciones públicas en la UE suponen aproximadamente el 18 % del PIB, del que solo un 5 % se tramita por medios electrónicos.¹⁰ Encontrar las cifras de la apertura y de la reserva que se hayan efectuado a través de los umbrales de contratación —montos sobre los cuales se debe realizar la convocatoria a los países europeos para participar en procesos públicos competitivos para la satisfacción de las necesidades públicas— y las excepciones de aplicación del ACM es un asunto que se debe analizar con el fin de determinar la posible incidencia del tratado en la contratación pública ecuatoriana.

Por último, pero no por ello menos importante, es indispensable que el país analice cuáles serán los cambios que deberán operar en las herramientas informáticas que parametrizan los procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP, ya que al encontrarse aprobado el tratado, debe aplicarse de manera obligatoria, y, por tanto, modificarse las condiciones de participación en la contratación pública, insertando a posibles oferentes europeos en la demanda del mercado nacional con las condiciones establecidas en los pliegos, conforme lo acordado en el ACM. En tal sentido, se debe ajustar la forma de efectuar las convocatorias, los modelos de pliegos y los plazos de presentación de ofertas, entre otros. Es indispensable plantearse la siguiente interrogante: ¿cómo incide el ACM, desde la perspectiva jurídica, informática y de desarrollo de los procedimientos, en el SNCP?

9 Ecuador Sercop, *Informe de labores 2014* (Quito: SERCOP, 2014), 57.

10 Sociedad Española de Directivos de la Salud, «Marco Regulatorio Europeo en Contratación Pública», *Sedisa*, accedido 22 de noviembre de 2015, <http://sedisa-sigloxxi.es/spip.php?article401> (web desaparecida).

Bajo estas argumentaciones, resulta totalmente oportuno analizar el ACM, que entró en vigencia el 1 de enero de 2017, pues si el país asumió la responsabilidad o desafío de acordar la apertura del mercado de contratación pública, debe conocer su incidencia desde la perspectiva jurídica relacionada con posibles impactos sobre los procedimientos de contratación; si el sistema de preferencias, en términos de inclusión social y desarrollo local, podría verse afectado; y cuáles serían las modificaciones en las herramientas informáticas que se deberían efectuar en el Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE) para ponerlo acorde a las condiciones pactadas en el ACM.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO INTERNACIONAL DEL ACUERDO COMERCIAL SUSCRITO ENTRE ECUADOR Y LA UNIÓN EUROPEA

1. EL ACUERDO COMERCIAL EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL CON RELACIÓN A LA OMC Y EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La actividad comercial en su concepción más amplia y general es el intercambio de bienes y servicios que se realizan en una determinada economía con el fin de satisfacer las necesidades de la población. Si se la efectúa entre distintos países se denomina comercio internacional. Según Fernando Larrea Estrada,

[e]l comercio internacional es aquella parte de la ciencia económica que se encarga del estudio de las relaciones económicas internacionales en el ámbito del flujo de los bienes y servicios y de su afectación en las economías nacionales. [...]. Es decir que analiza aspectos como la formación de los precios, generación de la renta, costos de oportunidad, movilidad de los factores, generación del valor, los términos de intercambio, el intercambio desigual y otros temas inherentes a los diferentes enfoques

teóricos del comercio internacional que corresponden también a la ciencia económica.¹¹

Desde el punto de vista jurídico, este intercambio se somete a las leyes soberanas expedidas por cada uno de los Estados que se interrelacionan. Normas legales que regulan la salida e ingreso de mercancías y servicios, incorporando medidas aduaneras, arancelarias, fitosanitarias, normas técnicas de calidad, modo de prestación de servicios —con establecimiento o no de los proveedores en casos específicos—, medidas transfronterizas, etc.

Estas normas legales y medidas a ser adoptadas obedecerán a distintas y contradictorias visiones de desarrollo de los Estados. Unos encontrarán su fundamento en una concepción de política pública destinada a favorecer la compra de los productos elaborados por la industria nacional con el fin de fortalecer su sector productivo interno y su desarrollo endógeno, lo que se conoce como proteccionismo. Otros, por el contrario, sustentan la liberalización de las actividades comerciales, puesto que sostienen en un mundo globalizado el desarrollo del comercio exterior, que persigue el crecimiento económico de los países con un efecto multiplicador en el bienestar de la población.

Otro aspecto en la relación comercio-desarrollo es el efecto multiplicador que ejerce el comercio internacional tanto sobre la producción como ante la economía y sus agregados en general.

La producción es alentada por las importaciones, puesto que estas son el camino por el cual el aparato productivo se provee de bienes de capital y de materias primas. Mientras que las exportaciones obligan a que se incremente la producción para cubrir las demandas internacionales.

Como consecuencia de la vinculación comercial con el exterior se genera empleo en todos los sectores de la economía.¹²

Para ello —sostienen los propulsores del libre comercio— se debe derribar las limitaciones a las actividades del comercio exterior desmontando lo que denominan barreras de mercado, esto es, las normativas nacionales que constituyen requisitos jurídicos para el ingreso de sus mercancías y servicios.

11 Fernando Larrea Estrada, *Elementos del comercio internacional* (Quito: SERTE-CPET, 2013), 20-1.

12 *Ibíd.*, 29

Estas ideas no diferencian el nivel de desarrollo asimétrico de los países que intervienen en el comercio internacional,¹³ como tampoco el hecho de que aquellos Estados que ahora pregonan el libre comercio a su tiempo implementaron medidas proteccionistas para fortalecer su industria nacional hasta encontrarse en situación de impulsar su sector externo.¹⁴

El tema de las vías hacia el desarrollo de los países y las explicaciones respecto a las dificultades que este plantea —intrínsecamente vinculadas con el modelo capitalista de producción— ha sido abordado por autores latinoamericanos y la teoría de la dependencia que explica el modelo de desarrollo desde el enfoque centro-periferia.¹⁵ Este enfoque sostiene

-
- 13 Fander Falconí y Julio Oleas, «Implicaciones del posible Acuerdo Multipartes con la UE», en *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre el Ecuador y la Unión Europea*, coord. Hugo Jácome (Quito: Flacso Ecuador, 2012), 19. «En teoría, el libre comercio beneficia en forma recíproca a todos sus participantes. Si el libre comercio fuese la situación ideal de las relaciones económicas internacionales, buscada en forma franca por todos los miembros de la OMC, entonces los TLC serían un paso adelante en esa dirección. Esto porque los TLC priorizan la liberación mutua del comercio de bienes y servicios, como si los países contratantes en esos acuerdos fuesen iguales, estuviesen en condiciones simétricas, no existiesen empresas transnacionales ni penalidades de todo tipo a la libre circulación de personas. En realidad, los países ricos exportan bienes de capital y productos industrializados mientras que los países pobres venden en forma mayoritaria bienes primarios, con escasa generación de valor y con secuelas sociales y ambientales».
- 14 Rafael Correa, *Ecuador: De banana republic a la no república* (Bogotá: Nomos, 2010), 158. «Ha-Joon Chang, investigador coreano de la Universidad de Cambridge, demuestra cómo prácticamente todos los países desarrollados hicieron exactamente lo inverso de lo que hoy predicán. Con respecto al libre comercio, establece que, muy por el contrario de lo que ahora se manifiesta, “la promoción de la industria infantil ha sido clave del desarrollo de la mayoría de las naciones [...]”. Chan sostiene que las políticas proteccionistas de Inglaterra siguieron hasta muy avanzada la Revolución Industrial. Solamente en el momento en que su supremacía tecnológica fue evidente, vino el gran cambio hacia el “libre comercio”».
- 15 *Ibíd.* 219. «Enfoque centro periferia: Metodología de análisis en el que el centro del sistema de relaciones económicas internacionales lo ocupan los países industrializados, quienes organizan el sistema en función de sus intereses, economías diversificadas, alto progreso técnico y productividad homogénea. La periferia se caracteriza por el atraso técnico, reducida diversificación económica y gran heterogeneidad de la productividad lo que presiona los salarios a la baja y deteriora los términos de intercambio».

que la economía mundial se encuentra organizada con la finalidad de establecer relaciones desiguales que perjudican el desarrollo de la periferia (países no desarrollados o en vías de desarrollo) a quienes se les ha asignado como función producir materias primas o productos con escaso valor agregado, pues esta es su ventaja comparativa. En contraste, el centro (países desarrollados) produce bienes industrializados por su alto adelanto tecnológico, lo que genera un intercambio desigual, es decir, se requerirá mayor producción de bienes primarios para la adquisición de una menor cantidad de bienes industriales.

Fander Falconí, destacado pensador que propugna el desarrollo endógeno en Ecuador, sostiene que,

[a] diferencia del *crecimiento guiado por las exportaciones*, las versiones actuales del desarrollo endógeno destacan la importancia de la acumulación en base a la consolidación del mercado interno, con criterios de equidad territorial, tecnológica, sistémica, distributiva y ambiental. La acumulación interna no implica cerrar el comercio exterior, pero sí prioriza el mercado interno como mecanismo de generación de riqueza y distribución.

[...] durante décadas el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) han promovido en el Sur el desmantelamiento del Estado mediante condiciones de austeridad fiscal, privatizaciones y despidos masivos de empleados públicos, la Organización Mundial del Comercio [...] promueve los TLC para con ellos maniatar la política pública y convertir espacios nacionales en espacios de mercado e inversión para beneficio de las empresas transnacionales del Norte.¹⁶

Este es el debate que se encuentra en la palestra pública nacional sobre la apertura o cierre del mercado a los productos y servicios provenientes del sector externo cuando se negocia un acuerdo comercial internacional. Más aún cuando en estos se pactan normas jurídicas que ingresarán a formar parte del ordenamiento jurídico nacional y que por jerarquía normativa —en la que los tratados internacionales se aplican por sobre las normas con carácter de ley— modifican la estructura jurídica de los Estados.

Como se ha señalado, la actividad de comercio es regulada por los Estados y aquellos que han previsto en su ordenamiento jurídico medidas de protección a la industria nacional al momento de suscribir

16 Falconí y Oleas, «Implicaciones del posible Acuerdo», 18-9.

un convenio internacional, dismantelan dichas medidas en aras de la libertad de comercio. A esto se refiere Falconí cuando señala que se *maniata la política pública*, ya que existe una limitación para expedir leyes¹⁷ o normas secundarias regulatorias que transgredan las condiciones de libre comercio acordadas.

Los acuerdos comerciales son tratados internacionales que suscriben los Estados luego de una o varias rondas o encuentros de negociación que no solo se limitan e incrementan al intercambio de bienes y servicios, sino que tratan una serie de temas que van más allá de la colocación de productos de un mercado nacional a otro de un país extranjero. Por la dinámica internacional de las políticas de desarrollo se incluyen asuntos como circulación de personas, propiedad intelectual, protección ambiental, etc.¹⁸ Dado el desarrollo asimétrico de los mercados y la influencia política económica de los países industrializados de Europa y América del Norte, el proceso de globalización —entendido como la apertura—, comunicación e interdependencia entre las distintas sociedades mundiales en pos de la integración económica mundial y libre circulación del capital que persigue un supuesto equilibrio económico y social global, no deja de ser un espejismo y en sí mismo una contradicción, conforme los criterios enunciados.

La poca relevancia de los mercados nacionales debido a su escasa industrialización, con mercados limitados en cuanto al territorio o número de habitantes, generan en ciertos sectores vinculados al ámbito financiero y exportador la visión o expectativa de que la apertura o inserción en el mercado global constituye una oportunidad de progreso

17 Acosta, «Amenaza de un TLC con la Unión Europea», 84; «Los TLC, se conoce hasta la saciedad, establecen límites para que los estados puedan utilizar las compras públicas a plenitud como una herramienta básica de política económica fundamental para el fomento de la producción nacional y la creación de empleo».

18 Michel Leví Coral, «Ecuador-Unión Europea: Lógicas de una negociación inconclusa», *Friedrich Ebert Stiftung*, septiembre de 2013, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10376.pdf>, 8. «Los principales temas que definen el alcance de los acuerdos de comercio, acordes a la diversidad de temas involucrados en las actuales políticas de desarrollo, que constituyen aspectos clave de la negociación, incluyen objetivos comerciales —intercambios de bienes y servicios—, y no comerciales como compras públicas, propiedad intelectual, circulación de personas, inversiones, desarrollo sostenible vinculado al medio ambiente, gobernanza, cooperación, entre otras».

que no se puede dejar escapar. Esta tendencia aperturista se ubica contraria al Estado proteccionista que pretende asegurar el bienestar de la población. Se cree que la mano invisible del mercado y la iniciativa privada como émulo de la libertad individual serán los artífices del surgimiento y organización de un nuevo Estado liberal próspero y pragmático.

Por otro lado, están las tesis de quienes sostienen que la apertura a los mercados generará más dependencia hacia la periferia,¹⁹ pues no se ha resuelto el desequilibrio proveniente de los procesos de intercambio económico desigual, ni años de desamparo en el desarrollo endógeno, deuda que es preciso pagar.

Nuestro país en 2008 expidió en Montecristi la Constitución de la República, que prevé una nueva concepción y organización del Estado, con una visión garantista de derechos ciudadanos y con un proyecto de fortalecimiento de la industria y economía nacionales, en aras del buen vivir, *Sumak Kawsay*. Ecuador es constitucionalmente un Estado de derechos y justicia, con un sistema económico social y solidario en el que el ser humano es sujeto y fin de la sociedad.

La política económica pretende entre varios de sus objetivos «incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional».²⁰

19 Acosta, «Amenaza de un TLC con la Unión Europea», 88. «El Ecuador debe multiplicar sus esfuerzos para insertarse activa e inteligentemente en el mundo. La tarea es establecer vínculos con la mayor cantidad de economías relevantes a más de las economías vecinas, por ejemplo, con China e India; así como, con economías con similares niveles de desarrollo, en las que la complementariedad lleve a beneficios mutuos. También, hay que comerciar con los mismos EE. UU. y la UE, pero no bajo la lógica de igualdad de condiciones como plantean los TLC (las diferencias en los niveles tecnológicos y de competitividad con Ecuador son muy grandes); aquí caben acuerdos donde primen los aspectos de cooperación norte-sur y diálogo político, no al revés, sirviendo de “tontos-útiles” en donde los productos y servicios de los países desarrollados son los grandes ganadores. Hay que buscar una sostenida diversificación de las exportaciones, no depender de pocos mercados y menos aún de uno solo. El comercio debe orientarse y regularse desde la lógica social y ambiental, no exclusivamente desde la lógica de acumulación del capital».

20 Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 284, num. 2.

En la actualidad, estas dos visiones encontradas —de inserción al mercado global por un lado y de protección y desarrollo de la industria nacional por otro— siguen generando tensiones.²¹ Hasta el momento solo han sido resueltas por la política proteccionista emanada por el Gobierno de Rafael Correa; sin embargo, dada la situación de merma en los ingresos provenientes del petróleo por el bajo precio en el mercado internacional, se observan vientos de apertura, no solo por la negociación y aprobación del ACM con la UE, sino por la puesta en vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera,²² avizorándose así un giro en las políticas públicas de los próximos años.

Siendo el comercio internacional una actividad en la que se encuentran involucrados importantes recursos económicos, logísticos y de servicios, siempre fue una preocupación de los Estados contar con normas internacionales destinadas a la organización y su regulación. Desde el nacimiento mismo de la Organización de Naciones Unidas en 1945, se considera la existencia de un Consejo Económico y Social el cual encarga el tratamiento de estas actividades, a la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo.

En 1947 se creó en Ginebra el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) con la presencia de veintitrés países y cuyo objetivo principal era «lograr un comercio más libre y más justo, a través de la reducción de aranceles y otras barreras comerciales». La meta planteada fue «establecer un régimen

21 Méntor Villagómez, «Acuerdo Comercial Multipartes Ecuador-Unión Europea», *AFESE*, n.º 56 (2011): 12, <http://eulacfoundation.org/es/system/files/Acuerdo%20comercial%20Ecuador-UE.pdf>. «En primer lugar, hay que reconocer que no todos consideran que un acuerdo comercial, especialmente entre partes de diferente grado de desarrollo y tamaño de sus economías, puede ser beneficioso para la parte menos desarrollada y más pequeña. “No es solo que en el establecimiento y ejecución de (estos) acuerdos se han dado, inevitablemente sectores ganadores y perdedores al interior de una de las partes participantes mientras se mantiene un saldo neto positivo; sino que existen crecientes indicios de que dichos acuerdos, habiendo un balance de perjuicios y beneficios, resultarían netamente negativos para alguna de las partes, con una pesada carga social y económica generada no a pesar, sino, precisamente, a partir de la aplicación de un proceso de integración comercial deficientemente diseñado”».

22 Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.

comercial mundial de reglas universales para conducir la política comercial, cuidando [...] el rol de los grandes países en el concierto mundial».²³

Como consecuencia de anteriores negociaciones sobre comercio internacional en el marco del GATT, nació el 1 de enero de 1995 la Organización Mundial de Comercio (OMC). El portal web de la organización recoge esta historia:

Desde 1948 hasta 1994, el [GATT] estableció las reglas aplicables a una gran parte del comercio mundial, y en este espacio de tiempo hubo períodos en los que se registraron algunas de las tasas más altas de crecimiento del comercio internacional. A pesar de su apariencia de solidez, el GATT fue durante esos 47 años un acuerdo y una organización de carácter provisional.

La intención original era crear una tercera institución que se ocupara de la esfera del comercio en la cooperación económica internacional y que viniera a añadirse a las dos «instituciones de Bretton Woods»: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Más de 50 países participaron en negociaciones encaminadas a crear una Organización Internacional de Comercio (OIC) como organismo especializado de las Naciones Unidas. El proyecto de Carta de la OIC era ambicioso. Además de establecer disciplinas para el comercio mundial, contenía también normas en materia de empleo, convenios sobre productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios. Se tenía la intención de crear la OIC en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo celebrada en 1947 en La Habana, Cuba.

[...] Durante casi medio siglo, los principios jurídicos fundamentales del GATT siguieron siendo en gran parte los mismos que en 1948. Se hicieron adiciones: una sección sobre el desarrollo añadida en el decenio de 1960 y acuerdos *plurilaterales* (es decir, de participación voluntaria) en el decenio de 1970, y prosiguieron los esfuerzos por reducir los aranceles. Gran parte de ello se logró mediante una serie de negociaciones multilaterales denominadas *rondas*; los avances más importantes en la liberación del comercio internacional se realizaron por medio de esas rondas celebradas bajo los auspicios del GATT.²⁴

23 Héctor Félix Arese, *Comercio y marketing internacional: Modelo para el diseño estratégico* (Buenos Aires: Norma, 1999), 173.

24 OMC, «Los años del GATT: de la Habana a Marrakech», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 7 de diciembre de 2015, párrs. 2-3 y 8, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm.

Una de los encuentros que tuvo una gran repercusión —no solamente por ser la última que se realizó como GATT— fue la de Uruguay, en esta se abarcaron casi todas las cuestiones de política comercial que se encontraban pendientes. Los acuerdos de la Ronda de Uruguay dieron su fruto en 1994, año en el cual ciento veintitrés Estados suscribieron el acuerdo de la reunión celebrada en Marrakech. Dentro de este último acuerdo se aprobó la sustitución del GATT por la OMC; permaneciendo el GATT, con sus respectivas actualizaciones, como tratado general de la OMC.²⁵

En el acuerdo de la OMC existen reservas a ciertos acuerdos contentivos, a estos documentos que no han sido firmados por todas las partes de la OMC se los denomina acuerdos plurilaterales. Ecuador no se ha adherido ni suscrito al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP).

Nuestro país se convirtió en miembro de la OMC a través de la suscripción del *Protocolo de adhesión de la República del Ecuador al acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* en 1996.²⁶ Conforme los registros de la OMC,²⁷ la UE es miembro de esta organización desde el 1 de enero de 1995; esta es una asociación económica y política comunitaria que ha suscrito el ACP.

Este acuerdo plurilateral tiene por objetivo la apertura de los mercados de contratación pública de los Estados que lo han suscrito voluntariamente. Los primeros intentos por acordar la incorporación de las compras públicas a acuerdos internacionales provienen de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, que agrupa a los países con mayor desarrollo industrial del planeta, actualmente con treinta y cuatro miembros.²⁸

25 OMC, «La Ronda Uruguay», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 7 de diciembre de 2015, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm.

26 Ecuador, *Protocolo de adhesión de la República del Ecuador al acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, Registro Oficial 853, Suplemento, 2 de enero de 1996.

27 OMC, «La Unión Europea y la OMC», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 10 de diciembre de 2015, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/european_communities_s.htm.

28 OCDE, «Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)», *OCDE*, accedido 18 de diciembre de 2015, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>.

En 1976, en el marco de la Ronda de Tokio, se firmó el primer acuerdo sobre contratación pública que entró en vigencia en 1981, posteriormente en paralelo con la Ronda de Uruguay —que duró aproximadamente siete años y medio— las partes del ACP efectuaron negociaciones para ampliar su ámbito de negociación. Estas dieron frutos el 15 de abril de 1994, cuando se firmó en Marrakech el nuevo ACP, que entró en vigencia el 1 de enero de 1996; en su segundo año de vigencia, se iniciaron nuevas renegociaciones que concluyeron en diciembre de 2011 —aprobado el año siguiente— debido al trámite de ratificación por parte de los países suscriptores, el texto, actualmente en vigencia, entró en vigor el 6 de abril de 2014.²⁹

Ecuador y la UE son miembros plenos de la OMC, sin embargo, solo el último de los nombrados ha suscrito el ACP que regula el intercambio de ofertas sobre contratación pública. El acuerdo de la OMC, del cual tanto Ecuador como la UE son miembros, en su art. 2, num. 1 establece que «la OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los anexos del presente Acuerdo».³⁰ Asimismo, el num. 2 del art. 3 del referido acuerdo prescribe que

[l]a OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial.³¹

Como lo expresa la propia norma, la OMC no se constituye en una camisa de fuerza para que sus miembros establezcan relaciones comerciales, sino más bien crea un marco general para que los Estados —en

29 OMC, «Acuerdo sobre Contratación Pública», accedido 18 de diciembre de 2015, párr. 6, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

30 OMC, *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, art. 2, num. 1, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm.

31 *Ibíd.*, art. 3, num. 2.

virtud de sus propias particularidades y necesidades de desarrollo— establezcan relaciones comerciales y logren beneficios mutuos luego de un proceso de negociación, sin que implique una práctica desleal con los miembros de la OMC.

El ACM suscrito entre Ecuador y la UE se inscribe dentro de estas políticas que incorporan a las compras gubernamentales en la regulación del comercio internacional, a través del acuerdo plurilateral de contratación pública, instrumento suscrito por apenas 17 partes,³² que corresponde a 45 países —si se considera los 28 Estados que conforman la UE— de la totalidad de 172 Estados pertenecientes a la OMC,³³ y que se lo utiliza como documento que genera un marco referencial en la negociaciones y acuerdos internacionales. Esto es verificable tanto en los tratados comerciales de libre comercio (TLC) que han suscrito países centroamericanos como los ACM de Colombia, Perú y Ecuador.

Para explicar esta situación, resulta oportuno citar lo que la OMC manifiesta respecto a los cometidos de los sistemas de contratación pública y la discriminación que impulsan las normas nacionales destinadas a la protección de grupos sociales o de sectores de la economía nacional:

Uno de los principales objetivos de la mayoría de los regímenes de contratación es optimizar el uso de los recursos. Pero ¿cómo hacerlo? En general, se considera que un régimen de contratación transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para alcanzar ese objetivo, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores. Al mismo tiempo, existen objetivos de política contrapuestos: muchos gobiernos también utilizan la contratación pública para lograr otros objetivos de política nacionales, como la promoción de determinados sectores económicos o grupos sociales.

La concesión de trato preferencial a los bienes, servicios y proveedores nacionales discrimina a los proveedores extranjeros y actúa, por tanto, como un obstáculo al comercio en este sector. Esos obstáculos no están abarcados por las normas multilaterales de la OMC, ya que la contratación

32 OMC, «Acuerdo sobre contratación pública».

33 OMC, «Miembros y observadores», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 18 de diciembre de 2015, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.

pública está expresamente exenta de las principales disciplinas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [...].³⁴

El ACP prevé la negociación de umbrales (montos a partir de los cuales aplica el acuerdo) para determinar la inserción de las compras gubernamentales al mercado internacional, por lo que los Estados que requieran favorecer la participación de proveedores nacionales y los mecanismos de preferencia establecidos para la promoción de la producción nacional, deberán negociar un umbral alto. En el art. V se establece la aplicación de un trato preferencial para países en desarrollo, que consiste en que puedan adoptar o mantener medidas transitorias de preferencia a la producción nacional, compensaciones e incluso un umbral superior al habitual. Es decir, se negocia un umbral de aplicación definitiva pero se puede obtener uno de aplicación temporal por un lapso determinado, que al finalizar se aplicará el permanente.³⁵

Ello supondría pensar que el ACP reconoce las asimetrías de desarrollo y de inserción de los bienes y servicios de los países en vías de desarrollo por lo que la idea de libre comercio no se impondría a *raja tabla*, ya que consideraría la realidad del mercado en cuanto a su desarrollo competitivo o a políticas de protección a la industria nacional.³⁶ Esta lectura no es viable, se trata simplemente de mecanismos temporales y sujetos a una compleja negociación de umbrales que resultan difíciles de incrementar, aunque sea como mecanismos transitorios. Si se analizan los umbrales acordados por los países miembros de la OMC, suscriptores

34 OMC, «La OMC y la contratación pública», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 18 de diciembre de 2015, párrs. 2-3, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.

35 OMC, *Acuerdo revisado sobre contratación pública*, adoptado el 30 de marzo de 2012, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm.

36 Villagómez, «Acuerdo Comercial Multipartes», 36: «El propio Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), instrumento plurilateral firmado por algunos miembros de la OMC en Marrakech [...], si bien persigue objetivos amplios relacionados con la buena gobernanza y el logro del máximo valor por el dinero invertido en los sistemas de contratación pública, contempla un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo que les permite, por ejemplo, mantener planes de compensación específicamente negociados, en sus procesos de contratación pública».

del ACP,³⁷ se observa que estos se convierten prácticamente en la regla y que constan como umbrales definitivos del ACM suscrito por Colombia, Ecuador y Perú. En bienes y servicios: del nivel central, DEG³⁸ 130 000; del nivel subcentral, 200 000; de otras entidades, 400 000; y, en obras para todos los niveles o entidades listadas, DEG 5 000 000.

En conclusión, es el ACP el que establece el marco referencial base que servirá de insumo para la negociación de las condiciones del comercio internacional en el mercado de contratación pública. Esto se verifica al observar la incorporación de una similar estructura formal en el ACM suscrito con la UE y las normas acordadas, que se sujetan a los principios previstos en el acuerdo plurilateral de contratación pública.

La existencia del ACP, como parte de los acuerdos de la OMC, sienta las bases de la negociación entre Estados sobre el tema de apertura de las compras públicas, materia que trata el ACM en el título VI del tratado y su anexo XII. Estos acuerdos, por la capacidad de negociación de los países, pueden establecer los límites de su aplicación relacionados con el objeto de la apertura, determinando los bienes y servicios, las entidades que cumplirán obligatoriamente lo pactado, montos de umbrales temporales y definitivos, así como excepciones generales a su aplicación, todo ello dependiendo de las realidades de los Estados suscriptores. Solo así es posible comprender lo señalado por el entonces Presidente de la República del Ecuador:

Pero incluso asumiendo como correcta la premisa de irreversibilidad de la globalización, aquello lo único que demostraría sería la necesidad de que los países subdesarrollados, y particularmente los países latinoamericanos, se integren *inteligentemente* a dicha globalización, sin aceptar pasivamente convertir naciones en mercados y ciudadanos en consumidores, sino buscando también una integración institucional, política y social con adecuados criterios de equidad y creíbles compensaciones para las economías con menor desarrollo relativo, al estilo de lo que se hizo dentro de la UE.³⁹

37 OMC, «Valores de umbral establecidos en los anexos 1, 2, 3 del apéndice I del Acuerdo sobre Contratación Pública (expresados en DEG)», *Organización Mundial del Comercio*, accedido 18 de diciembre de 2015, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/thresh_s.htm.

38 La sigla DEG corresponde a los derechos especiales de giro; véase nota 71 para una explicación.

39 Correa, *Ecuador: De banana republic a la no república*, 151.

2. APROBACIÓN DEL ACUERDO COMERCIAL

El ACM es un tratado internacional que para su plena validez requirió ser ratificado por Ecuador, para lo cual siguió el trámite constitucional respectivo. El art. 418 de la Constitución de la República señala que le corresponde al Presidente suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales, y el art. 419 prevé que, para el ejercicio de esta facultad presidencial, cuando se trate de un acuerdo de comercio, deberá contar de forma previa con la aprobación de la Asamblea Nacional.

El art. 438 establece como función de la Corte Constitucional el emitir dictamen vinculante sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, de forma previa, a la aprobación que deba realizar la Asamblea Nacional.

Bajo el esquema constitucional enunciado, el ACM suscrito de forma preliminar en julio de 2013, en Bruselas, por el jefe negociador de Ecuador y el jefe negociador de la UE, fue un acto de cierre de los acuerdos alcanzados por las partes que recogió además la voluntad de iniciar el procedimiento que los respectivos países han dado en sus legislaciones para la aprobación. En el caso de Ecuador implica seguir un proceso por el cual se determine, en primer lugar, la constitucionalidad del acuerdo por medio del dictamen vinculante de la Corte Constitucional, que será dirigido a la Asamblea Nacional, a quien le corresponde efectuar ese pedido. Al señalar la Constitución que dicho dictamen es vinculante, la Asamblea Nacional debe acatar la integridad de su contenido.

Segundo, contando la Asamblea Nacional con el pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional, continuará con el trámite para la aprobación si el dictamen establece la constitucionalidad, caso contrario, no lo aprobará, ya que el num. 8 del art. 120 señala como atribución del órgano legislativo «aprobar o improbar los tratados internacionales».⁴⁰

Y, tercero, solo contando con la aprobación de la Asamblea Nacional, que le sea dirigida oficialmente, el Presidente de la República podrá ratificar el ACM con la UE y comprometer jurídicamente a Ecuador para el cabal cumplimiento de las obligaciones y ejercicio pleno de los derechos acordados. Para su entrada en vigor debe existir un trámite

40 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 120, num. 8.

similar de su contraparte europea y que se cumplan las condiciones previstas en el acuerdo internacional.

En cuanto a Ecuador, el procedimiento para la ratificación del tratado —luego de la suscripción del acuerdo preliminar en julio de 2014— inició con la suscripción del *Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, Colombia y el Perú por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador*, efectuado el 11 de noviembre de 2016.⁴¹ Este documento internacional recogió los acuerdos alcanzados por los jefes negociadores de Ecuador y la UE, que actuaron como partes suscriptoras los representantes debidamente acreditados de la UE y Ecuador.

Una vez suscrito el mencionado Protocolo de adhesión, la Presidencia de la República del Ecuador comunicó mediante oficio n.º T.6936-SGJ-16-654 de 11 de noviembre de 2016 a la Corte Constitucional la suscripción del *Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, señalando la necesidad de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre este instrumento y emita el informe de constitucionalidad respecto si se requiere o no aprobación legislativa, previo a su ratificación.

El Pleno de la Corte Constitucional, en sesión celebrada el 22 de noviembre de 2016, conoció y aprobó el informe en el que se señalaba que «se verifica que incurre en las causales contenidas en los num. 3, 4 y 6 del art. 419 de la Constitución de la República»,⁴² y dispuso la publicación en el Registro Oficial y en el portal web de la Corte Constitucional, con el fin de que en el término de diez días contados desde su publicación, cualquier ciudadano pueda intervenir defendiendo o impugnado la constitucionalidad parcial o total del referido instrumento internacional. El Protocolo de adhesión fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 887, 22 de noviembre de 2016, y señala que tiene relación con el *Acuerdo comercial entre la Unión Europea*

41 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador*, Diario Oficial de la Unión Europea L 356, 24 de diciembre de 2016, art. 19, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22016A1224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22016A1224(01)).

42 Ecuador Corte Constitucional, «Dictamen 009-16-DTI-CC», *Caso n.º 0015-16-TI*, Registro Oficial 900, Suplemento, 12 de diciembre de 2016.

y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra.⁴³ Este último también fue publicado en el Registro Oficial en diecisiete tomos.⁴⁴

El 12 de diciembre de 2016, una vez agotada la instancia de intervenciones de la ciudadanía y siguiendo el procedimiento constitucional y legal respectivo, el Pleno de la Corte Constitucional decidió lo siguiente tras efectuar el examen de constitucionalidad del acuerdo internacional:

1. Declarar que «El Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estado Miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión del Ecuador», suscrito en Bruselas el 11 de noviembre de 2016; instrumento que tiene por objeto hacer efectiva la adhesión del Estado ecuatoriano al «Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados de Colombia y Perú, por otra», suscrito en Bruselas el 26 de junio de 2012, requiere de aprobación legislativa previa por parte de la Asamblea Nacional, por encontrarse dentro de los supuestos previstos en los num. 2, 3 y 6 del artículo 419 de la Constitución de la República.

2. Declarar que las disposiciones contenidas en «El Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estado Miembros, por una Parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador», suscrito en Bruselas el 11 de noviembre de 2016; y en el «Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados de Colombia y Perú, por otra», suscrito en Bruselas el 26 de junio de 2012, son compatibles con la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia de lo cual la Corte Constitucional expide dictamen favorable del mismo.

3. Notificar al presidente constitucional de la República con el presente dictamen, a fin de que se lo haga conocer a la Asamblea Nacional.⁴⁵

43 Ecuador Corte Constitucional, *Caso n.º 0015-16-TI: Dispónese la publicación del texto del instrumento internacional «Protocolo de adhesión del Ecuador al acuerdo comercial multipartes con la Unión Europea-Colombia y Perú»*, Registro Oficial 887, Suplemento, 22 de noviembre de 2016.

44 Ecuador Corte Constitucional, *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra*, Registro Oficial 780, Edición Especial, 24 de noviembre de 2016, 17 t.

45 Ecuador Corte Constitucional, «Dictamen 009-16-DTI-CC», 30.

La Asamblea Nacional, el 19 de diciembre de 2016, aprobó el Protocolo de adhesión y el Acuerdo comercial⁴⁶; y el Presidente de la República, contando con la aprobación de la Asamblea Nacional, ratificó estos acuerdos mediante Decreto Ejecutivo 1285.⁴⁷ Con esta ratificación, dichos instrumentos internacionales entraron en vigor el 1 de enero de 2017.

A modo de aclaración, es necesario señalar que el Protocolo de adhesión es el instrumento internacional por medio del cual la República del Ecuador manifiesta su voluntad de adherirse al ACM que el 26 de junio de 2012 ya había suscrito la UE con Colombia y Perú. Por consiguiente, los términos y condiciones acordados impactan y modifican el Acuerdo comercial incluyendo en este último instrumento las convenciones que Ecuador acordó en el Protocolo de Adhesión.

Respecto a la contratación pública, este protocolo se refiere a ella en los arts. 20 a 23. El art. 20 sustituye en el anexo XII (Contratación Pública) la sección B, que corresponde a la cobertura sobre contratación pública de los países miembros de la UE. El art. 21 añade, en el anexo XII, el anexo XIX del protocolo, que corresponde al apéndice 1 (Cobertura sobre Contratación Pública del Ecuador).⁴⁸ Los arts. 22 y 23 se limitan a incorporar, en los apéndices 2 y 3 del anexo XII, la dirección electrónica del portal de contratación pública de Ecuador, que se utilizará como medio para publicar información sobre contratación pública y comunicar avisos.

Con la finalidad de evitar referencias a los dos instrumentos internacionales, Protocolo de adhesión y Acuerdo comercial, para efectos del presente libro mencionaré única y exclusivamente al ACM bajo la idea que la parte relacionada al título VI (Contratación pública) del marco normativo no ha sido modificada por el Protocolo de adhesión.

46 Ecuador Asamblea Nacional, *Resolución: Apruébese el «Protocolo de Adhesión del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra»*, Registro Oficial 906, Segundo Suplemento, 20 de diciembre de 2016.

47 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1285*, Registro Oficial 906, Segundo Suplemento, 20 de diciembre de 2016.

48 Véase el capítulo segundo para una explicación del apéndice 1.

Cuando mencione al anexo XII, habré enlazado los textos del Protocolo de adhesión y del Acuerdo comercial en uno solo.⁴⁹

Por otro lado, un efecto adicional que marca la entrada en vigencia del ACM es lo que prevé al art. 425 de la Constitución de República respecto a la jerarquía normativa y la resolución de antinomias, puesto que el convenio internacional tiene inferior jerarquía respecto a la Constitución pero superior a la demás normativas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Bajo esta premisa, en caso de que pudiera presentarse conflicto entre normas de distinta jerarquía, este se resolverá conforme el sentido de la norma jerárquicamente superior. Esta calidad jurídica de primacía sobre leyes orgánicas u ordinarias permite la aplicación inmediata del ACM, sin necesidad de reformar las normas legales para adecuarlas al convenio internacional.

En los capítulos siguientes se analizará el marco regulatorio y los acuerdos de apertura del mercado público ecuatoriano previsto en el Acuerdo comercial; el impacto de estas regulaciones en la normativa prevista en la LOSNCP y la incidencia que podrían existir en las herramientas informáticas del SOCE.

49 Sin embargo, en las notas de referencia se mantendrá la distinción entre *Protocolo de adhesión* y *Acuerdo comercial*, ya que solo los documentos así publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea constituyen textos oficiales y jurídicamente vinculantes.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO JURÍDICO DEL ACUERDO COMERCIAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONDICIONES REGULATORIAS

1. ANÁLISIS DEL TÍTULO VI (CONTRATACIÓN PÚBLICA): PRINCIPIOS Y NORMATIVA JURÍDICA

Este acápite del acuerdo comercial tiene como objetivo la apertura de los mercados de contratación gubernamental entre los países que conforman la UE y Ecuador, para lo cual se establece el marco jurídico al que se someterán las partes en las adquisiciones de bienes y servicios. Este último incluye tanto los servicios de consultoría como los servicios de construcción —ejecución de obra de acuerdo con la legislación ecuatoriana—, salvo que expresamente se señale lo contrario.

Este acuerdo tiene como punto de partida un listado de definiciones que precisan el alcance o significado de cada uno de los términos o locuciones que en él se utilizan; continúa con el ámbito de aplicación, excepciones, principios, publicación de información, publicación de avisos de las contrataciones que vayan a realizar las partes, las condiciones de participación, tipos de procedimientos de contratación: licitación pública y selectiva, contratación directa, subasta electrónica, lista de uso

múltiple, reglas para elaborar las especificaciones técnicas, pliegos de condiciones, plazos, negociaciones, reglas para la contratación directa, subasta electrónica, tratamiento de las ofertas y adjudicación de los contratos, transparencia de la información sobre contratación pública, divulgación de la información, procedimientos internos de revisión modificaciones y rectificaciones de la cobertura, participación de las micro, pequeñas y medianas empresas, cooperación, y la conformación de un subcomité sobre contratación pública.

El Acuerdo comercial en materia de contratación pública responde a una visión de libre comercio que fomenta el intercambio internacional de bienes y servicios en el mercado público, que busca eliminar barreras de entrada o cualquier elemento que se pueda considerar contrario a la igualdad de condiciones de acceso a las oportunidades de provisión de bienes y servicios que requieren los Estados para el cumplimiento de sus fines y objetivos.

En tal sentido, se precautela la igualdad de participación en procedimientos de contratación pública de empresas proveedoras originarias de cualquiera de las partes, las cuales deben tener asegurado un trato nacional y no discriminatorio en su participación en las compras gubernamentales.⁵⁰

El andamiaje jurídico del ACM se sostiene sobre pilares de la estructura ideológica del libre comercio: libertad para comercializar bajo el supuesto de igualdad de las partes intervinientes, sin considerar el desarrollo asimétrico de los mercados y con ello las diferencias de oportunidades de colocación de los productos en el mercado, salvo el concepto de trato especial y diferenciado al que ya he referido en su forma de aplicación.

Ecuador mantiene todavía una estructura que corresponde al sector primario de la economía, no ha dado el salto cualitativo a procesos de industrialización a mediana o gran escala, es incipiente su desarrollo tecnológico, de innovación y conocimiento, lo que lo ubica en una economía dependiente y con desarrollo relativo.

50 Villagómez, «Acuerdo Comercial Multipartes», 36: «Se otorga trato nacional y no discriminatorio para los proveedores de las partes en el Acuerdo, con respecto a la contratación de bienes y servicios, pero sujetos a varias excepciones y exclusiones».

Bajo esa perspectiva se deben analizar las normas jurídicas acordadas, las que habiendo sido aprobadas siguiendo el procedimiento de ratificación de un tratado internacional, se han incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano desde el 1 de enero de 2017 y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento.

El acuerdo logrado sobre contratación pública está conformado por dos cuerpos; el primero previsto en el título VI, que va desde el art. 172 al 194, y que contiene las disposiciones normativas aplicables a las partes suscriptoras; se trata del desarrollo normativo conceptual de la contratación pública. El segundo es el anexo XII, en el que constan las ofertas recíprocas que las partes realizan respecto a la apertura a los procedimientos de contratación. En este anexo, en la sección A está lo aceptado por Colombia; en la B, lo aceptado por la UE; en la C, lo aceptado por Perú, y en la D, lo aceptado por Ecuador. En el presente trabajo me referiré de forma exclusiva a la sección D del anexo XII, que corresponde a lo acordado con Ecuador, y cuando señale *las partes*, serán la UE y nuestro país, exclusivamente.

Este anexo se divide en ocho apéndices, y el primer apéndice, a su vez, consta de siete subsecciones conforme lo siguiente:

Apéndice I: cobertura sobre contratación pública, sección D. Aquí se establece el listado de las entidades a las que abarca el acuerdo, tanto del nivel central, subcentral y otras. Estas aplicarán los respectivos umbrales discriminando para bienes y servicios, los servicios de construcción, reglas de aplicación a mercancías, servicios, servicios de construcción (obras) y excepciones generales. A su vez, este Apéndice I, está compuesto por siete subsecciones:

- Subsección I: Entidades de nivel central del gobierno
- Subsección II: Entidades del nivel subcentral de gobierno
- Subsección III: Otras entidades cubiertas
- Subsección IV: Mercancías
- Subsección V: Servicios, salvo de la construcción
- Subsección VI: Servicios de construcción
- Subsección VII: Notas generales

Apéndice II: medios para la publicación de información sobre contratación pública. Cumple con señalar una dirección electrónica con la obligación que en ese sitio esté colocada toda la información y medidas relacionadas a la contratación pública cubierta. Ecuador ha señalado para tal fin

el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (Sercop)⁵¹ y la UE, el Diario Oficial de la UE.

Apéndice III: medios para publicación de avisos. Se refiere a las direcciones electrónicas en la que las partes publicarán cada una de las convocatorias a los procedimientos de contratación sujetas al ACM. Las direcciones que han acordado son las mismas que las mencionadas en el apéndice II.

Apéndice IV: avisos de contratación pública cubierta. Por este término se conoce a las convocatorias o invitaciones que se realicen para seguir los procedimientos de contratación previstos en el ACM. Los avisos deben considerar un contenido mínimo: nombre de la entidad contratante, objeto (descripción) de la contratación, plazo, la determinación de qué procedimiento se va a efectuar conforme el ACM, cronograma del procedimiento que incluirá necesariamente el lugar y fecha límite para la presentación de la oferta, idioma en que podrá presentarse la oferta, requisitos que debe cumplir los oferentes —salvo que ello se especifique en los pliegos—, y, de tratarse de un procedimiento de licitación selectiva, los criterios que se tendrán en cuenta para la selección a los proveedores y el límite en el número de participación.

Apéndice V: avisos invitando a proveedores interesados a solicitar su inclusión en la lista de usos múltiples. Son las convocatorias para esta modalidad que consiste en la facultad de que las entidades contratantes cuenten con proveedores calificados para la provisión de determinados bienes y servicios; con los cuales se contratará a futuro. Se trata de un procedimiento de precalificación.

Apéndice VI: plazos. Varían según el procedimiento de contratación de que se trate. De manera general, si es licitación pública, será de un mínimo de cuarenta días posteriores a la fecha de publicación del aviso de contratación pública prevista; plazo que podrá reducirse a no menor a diez días, en caso de aviso de contratación programada, avisos de contrataciones recurrentes, situación de urgencia o cuando el único criterio de adjudicación sea el precio (aplicable a subastas electrónicas, por ejemplo). En licitación selectiva, el plazo no será menor a veinticinco días, sin embargo, por razones de urgencia debidamente justificadas podrá reducirse a no menor de diez días contados desde la convocatoria.

51 Ver *Servicio Nacional de Contratación Pública*, <http://compraspublicas.gob.ec>, y *SIMAP: Información sobre contratación pública europea*, <http://simap.europa.eu>.

Se debe resaltar que el ACM establece el caso en que la presentación de ofertas pueda hacerse en un plazo de cinco días contados desde el aviso de contratación, siempre que se cumplan tres condiciones: a) publicación del aviso por medios electrónicos; b) que los pliegos sean puestos en conocimiento utilizando medios electrónicos; y c) que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos. El SOCE cumple con los primeros dos requisitos, faltando la implementación de la presentación de la oferta de forma electrónica con todos los requisitos jurídicos para su validez.

Apéndice VII: aviso de adjudicación. Significa la publicación de la decisión de celebrar el contrato con determinado proveedor por parte de la entidad contratante; habiéndose previsto un contenido mínimo.

Apéndice VIII: pliego de condiciones. Deberán contener una descripción completa del objeto de la contratación, se ha acordado que el pliego tenga un contenido mínimo, que está acorde a lo previsto en la legislación nacional.

2. NORMAS JURÍDICAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El ACM contiene normas jurídicas que acorde al principio de jerarquía constitucional previsto en el art. 425 de la carta fundamental tienen preeminencia incluso sobre las leyes orgánicas, en tal sentido, lo consensuado o pactado en el ACM respecto a las compras gubernamentales se deberá observar y cumplir, actuando la LOSNCP como norma supletoria en todo lo que no se oponga o contradiga al convenio internacional.

El ACM plantea el concepto de contratación pública cubierta⁵² que es aquella que realizan entidades contratantes, listadas de forma expresa en el anexo XII, con fines gubernamentales y que tenga por objeto la adquisición de mercancías y servicios cuyo valor del presupuesto referencial sea igual o mayor al umbral pactado por las partes.

52 Unión Europea, Colombia y Perú, *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra*, Diario Oficial de la Unión Europea L 354, 21 de diciembre de 2012, CELEX n.º 22012A1221(01), art. 173, num. 2: «“contratación pública cubierta” se entiende la contratación realizada para propósitos gubernamentales de mercancías, servicios, o cualquier combinación de estos de conformidad con la especificado, respecto a cada parte, en el apéndice 1 del anexo XII (Contratación pública)».

Sin embargo, el art. 174 del título VI del ACM contiene excepciones a su aplicación, entre las que destacan las relacionadas a la adquisición de artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia o en régimen de trabajo penitenciario. Además, el art. 185 del mismo título establece las circunstancias en las que las entidades contratantes pueden, de forma válida, realizar procedimientos de contratación directa, por lo tanto no concursables, en los que no se deben aplicar las normas jurídicas relacionadas a la publicación de avisos (art. 177), lista de uso múltiple (art. 180), pliego de condiciones (art. 182), plazos de los procedimientos de contratación (art. 183), intención de negociación en los procedimientos de contratación (art. 184), subasta electrónicas (186) y tratamiento de las ofertas y adjudicaciones de los contratos (art. 187).

Tras una lectura global del título VI y del anexo XII del ACM, se debe entender como *contratación pública cubierta* no solo el concepto mencionado, sino aquella en la que la entidad contratante se encuentre enlistada como obligada a sujetarse al ACM, anexo XII, apéndice 1, subsecciones 1, 2 o 3, y que la adquisición a realizar:

- a) no se encuentre dentro de las excepciones previstas en las notas de la subsección respectiva, a pesar de que la entidad contratante se encuentre enlistada en el anexo XII, apéndice 1, subsecciones 1, 2 o 3;
- b) no se encuentre en las excepciones previstas en las notas generales a la aplicación del ACM, que se encuentran establecidas en el anexo XII, apéndice 1, subsección 7;
- c) tenga un presupuesto referencial igual o superior al umbral previsto para la aplicación del ACM, tratándose de bienes, servicios u obras, de acuerdo con el nivel de gobierno que corresponda la respectiva entidad: nivel central de gobierno, nivel subcentral de gobierno u otras entidades cubiertas;
- d) no esté expresamente excepcionada en las causales previstas en el art. 174 del título VI del ACM;
- e) no esté dentro de los casos de contratación directa establecidos en el art. 185 del título VI del ACM.

Por otro lado, desde la perspectiva del comercio internacional y apertura al mercado, la negociación del umbral que se utilizará en la contratación pública cubierta es determinante, ya que un umbral bajo

amplía las posibilidades de colocación de bienes y servicios extranjeros en el mercado nacional, siendo esta una visión aperturista al desarrollo del comercio global. En cambio, un umbral alto busca proteger los bienes y servicios que proporciona la industria nacional y sus efectos en empleo, calidad de vida de la población y buen vivir.⁵³

Desde lo jurídico, el umbral es decisivo para implementar las condiciones de participación acordadas en el convenio internacional puesto que las contrataciones que se realicen por debajo del umbral deberán realizarse conforme las normas jurídicas nacionales previstas en la LOS-NCP, su reglamento general de aplicación y las resoluciones del Sercop.

Aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o superiores al umbral deberán cumplir las normas jurídicas del ACM, entre ellas: i) convocar obligatoriamente a proveedores europeos a través del «aviso de contratación pública prevista», que consiste en publicar el llamado a ofertar en el Diario Oficial de la UE,⁵⁴ ii) utilizar el procedimiento de contratación de licitación pública o licitación selectiva o subasta inversa según lo decida la entidad contratante; iii) elaborar el pliego que regirá el procedimiento de contratación aplicando los principios acordados, que son los de libre comercio, trato nacional, no discriminación, transparencia; y iv) observar los plazos acordados para la presentación de ofertas desde la publicación del aviso de contratación.

El principio de trato nacional,⁵⁵ —dar el mismo trato a nacionales y extranjeros— está previsto en el art. 175 del ACM por el que las partes

53 Correa, *Ecuador: De banana republic a la no república*, 149: «La idea de que el libre comercio beneficia siempre y a todos, es simplemente una falacia o una ingenuidad extrema más cercana a la religión que a la ciencia, y no resiste un profundo análisis teórico, empírico o histórico. Mientras que sin duda una adecuada especialización y comercio entre países con similares niveles de desarrollo puede ser de gran beneficio mutuo, una liberalización comercial a ultranza entre economías con grandes diferenciales de productividad y competitividad significa graves riesgos para los países de menor desarrollo relativo, dada la probable destrucción de su base productiva, y, con ello, la pérdida de puestos de trabajo sin capacidad de crear nuevos empleos, todo lo cual constituye una verdadera catástrofe social».

54 Ver *SIMAP: Información sobre contratación pública europea*, <http://simap.europa.eu>.

55 Robert J. Carbaugh, *Economía internacional* (Ciudad de México: International Thomson Editores, 1998), 175. «De acuerdo con el principio de trato nacional, los países miembros del GATT deben tratar a las industrias de otras naciones igual que a sus industrias nacionales una vez que se introdujeron bienes extranjeros en el mercado interno».

acuerdan de forma inmediata e incondicional dar a las mercancías y servicios que ellas proporcionan *un trato no menos favorable* que el que dan a sus propias mercancías y servicios. En el comercio de bienes y servicios sujetos a la contratación pública cubierta no puede realizarse —de forma válida y legal— ninguna medida destinada a la protección de la producción nacional.

Por el principio de trato nacional, los bienes y servicios extranjeros deben tener las mismas condiciones de participación que los producidos o prestados por proveedores nacionales, aplica la ficción jurídica de que estos son nacionales,⁵⁶ ya que sostener lo contrario, los discriminaría.

Este principio parecería limitar la aplicación del sistema de preferencia destinado a la protección de los bienes y servicios nacionales provistos por mipymes y aepys, limitación que no sería inconstitucional ya que el art. 288 de la Constitución de la República⁵⁷ establece el concepto de priorización y no de exclusividad; sistema que se mantendría en las contrataciones nacionales que se encuentren bajo el umbral y en aquellas organizadas exclusivamente en su beneficio como se verá más adelante.

Por otra parte, el ACM señala el término *medida* como acepción de norma jurídica legal, reglamentaria o administrativa y, en general, como toda actividad de una entidad contratante en una contratación pública cubierta. Tener en cuenta esta definición ayuda a comprender la aplicación del principio de *no discriminación*⁵⁸ con relación a la producción nacional, pues el ACM establece que las entidades contratantes de una parte no deberán tomar ninguna medida que discrimine a un

56 *Ibíd.*, 175. «El principio de no discriminación del GATT convirtió a la liberalización del comercio en un *bien común*: los resultados de las negociaciones entre dos países se ponen de inmediato al alcance de todas las demás».

57 Ecuador, *Constitución*, art. 288: «Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas».

58 Carbaugh, *Economía internacional*, 175. «El GATT se basó en varios principios diseñados para impulsar un comercio más libre. Uno de ellos es el de la *no discriminación*, el cual comprende a su vez los principios de *nación más favorecida* y *trato nacional*. De acuerdo con el principio de nación más favorecida, todos los países miembros se obligan a otorgarse entre sí un trato tan favorable como el que conceden en materia comercial a cualquier otra nación».

proveedor establecido en su territorio cuando en una contratación pública cubierta ofrezca bienes y servicios de la otra parte.

Si un proveedor de nacionalidad europea domiciliado en Ecuador ofrece bienes de uno de los países que conforman la UE no debería exigirse en los pliegos que los bienes incorporen agregado de origen nacional; y, en el supuesto de existir una medida de esta naturaleza, sería considerada discriminatoria y violatoria al principio de *trato nacional*.

El ACM también incorpora el concepto de compensación como «[...] cualquier condición o compromiso que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos de una parte, tales como el uso de contenido nacional, la concesión de licencias de tecnología, las inversiones, el comercio compensatorio y acciones o requisitos similares».⁵⁹ Los principios comentados y lo señalado en esta definición se articulan adecuadamente para sostener el libre comercio, en un mundo global sin distinciones de desarrollo; se abstrae de una realidad distinta como es el asimétrico desarrollo de los países y la desigualdad en el intercambio de sus productos; planteando el absoluto de la igualdad jurídica de las partes.

Existe también el principio de *transparencia*, de similar contenido al previsto en la LOSNCP, que implica dar a conocer de manera pública toda la información necesaria para resguardar el trato justo, igualitario y concurrente de los participantes. Este principio desde la perspectiva del ACM se viabiliza con la obligación que tienen las partes de publicar todas las medidas relativas a la contratación pública, sus reformas, en el sitio destinado para la publicación de avisos, en el caso de Ecuador, en el portal institucional del Sercop.

El portal institucional actualmente cuenta con la información jurídica necesaria para cumplir con esta obligación, ahí están publicadas la LOSNCP, su reforma, el reglamento general de aplicación, las resoluciones del Sercop, los modelos de pliegos de uso obligatorio; por su característica de ser un portal transaccional en el que interactúan entidades contratantes y proveedores, se incluyen la información y base de datos de los procedimientos de contratación. En tal sentido, lo previsto en el ACM sobre la transparencia estaría cumplido.

59 Unión Europea, Colombia y Perú, *Acuerdo comercial*, art. 172.

Existen exclusiones expresas al ámbito de aplicación del ACM, las que constan en el art. 173, num. 3 del título VI y que se relacionan con la adquisición o arrendamiento de inmuebles, acuerdos de cooperación, donaciones, préstamos, subvenciones, contratos de personal del Estado sujeto a las leyes laborales o administrativas, contratos de asistencia internacional y, sobre todo, las contrataciones que tengan como financiamiento recursos provenientes de entidades internacionales de crédito que hayan establecido el procedimiento de contratación respectivo conforme sus propias políticas.

También se ha previsto en el título VI, art. 174 del ACM, un texto sobre excepciones en el sentido del derecho que tienen las partes a tomar medidas siempre que estas no sean consideradas como un mecanismo para discriminar a las partes o una restricción encubierta al comercio internacional. En este caso se podría jurídica y válidamente expedir leyes, regulaciones o actos administrativos destinados a: 1. La protección de la moral, el orden o la seguridad públicos; 2. Preservar la salud o la vida humana, animal o vegetal, incluyendo medidas socio ambientales; 3. Proteger la propiedad intelectual; y 4. Cuidar los artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia, o en régimen de trabajo penitenciario.⁶⁰

Es importante resaltar el último de los literales. En efecto, Ecuador podrá realizar procedimientos sujetos a la LOSNCP —por estar excepcionados del acuerdo— cuando se trate de adquirir bienes fabricados o servicios prestados por personas en situación de vulnerabilidad y personas privadas de la libertad, así como por instituciones de beneficencia. En este sentido, la Resolución RE-SERCOP-2015-000025 incluye a grupos vulnerables y grupos de atención prioritaria para que puedan participar e incorporar sus productos en el catálogo dinámico inclusivo.⁶¹

60 *Ibíd.*, art. 174

61 Ecuador Sercop, *Resolución n.º RE-SERCOP-2015-000025: Reglamento de ferias inclusivas y de catálogo dinámico inclusivo*, 6 de febrero de 2015, art. 4. A pesar de que el Sercop puso en vigencia, el 31 de agosto de 2016, la Resolución n.º RE-SERCOP-2016-0000072 que contiene la «Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP», en el presente libro se mencionarán las resoluciones originales con las que se expidieron y crearon varias instituciones de la contratación pública ecuatoriana, con el fin de rescatar su validez historiográfica.

3. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PREVISTOS EN EL ACUERDO

Licitación pública, licitación selectiva, contratación directa y subasta electrónica son los métodos de contratación que prevé el ACM. Se entiende por *licitación pública* el método de contratación por el cual existe una convocatoria pública para que presenten sus ofertas todos quienes tengan interés en participar. En cambio, la licitación selectiva se realiza mediante invitación a proveedores que han sido previamente calificados, es decir, se contará de forma exclusiva con aquellos que han sido preseleccionados cuando se ha utilizado una lista de uso múltiple.⁶²

La subasta electrónica es un proceso por el cual los proveedores, utilizando medios electrónicos, presentan sus propuestas en un proceso iterativo. Da lugar a una clasificación y reclasificación de ofertas; es el mismo concepto que tiene la legislación nacional. Se trata de mecanismos de puja con el fin de que, en un tiempo previamente establecido, los oferentes calificados puedan presentar sus posturas electrónicamente, a la baja. Resulta ganador quien al finalizar el tiempo concedido ofrezca la postura de menor precio.

Tratándose de subasta electrónica se deberá proporcionar el método de evaluación automática que se utilizará y la fórmula matemática en que se basan los criterios de evaluación, debido a que el precio es el elemento relevante para decidir la adjudicación.

El ACM es preciso al indicar que los métodos a utilizar para contratar se seguirán conforme lo prevé la legislación nacional. La denominación que utiliza la LOSNCP para los procedimientos nacionales puede mantenerse a condición de que se observe lo acordado respecto a las condiciones de participación, los mecanismos para proporcionar información o realizar los avisos de contratación pública prevista, los contenidos mínimos que estos avisos tendrán y su forma de publicación, los pliegos y la adjudicación, que debe observar los principios y normativa acordados.

Las condiciones de participación⁶³ de los proveedores en los métodos de contratación que se realicen sujetos el ACM son los requisitos esenciales para la calificación de la capacidad jurídica, financiera,

62 Unión Europea, Colombia y Perú, *Acuerdo comercial*, art. 172.

63 *Ibíd.*, art. 178.

comercial y técnica de los participantes, la cual se acreditará con información de las actividades comerciales efectuadas en el territorio de cualesquiera de las partes. Es ilícito incorporar en los pliegos requisitos de experiencia en contratos previos con la entidad contratante o en el territorio de una de las partes. En tal sentido, tampoco deberá exigirse que una empresa con interés en participar tenga domicilio fiscal en Ecuador, como se exigió en el ya derogado art. 2 de la Resolución SERCOP RE-2013-0089 del 28 de junio de 2013: no se recogió esta disposición en la «Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP», Resolución n.º RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016.

Por ello, se requerirá elaborar un modelo de pliegos con las indicaciones específicas para cumplir con los requisitos de participación, principios, cronograma del procedimiento acorde a los plazos de que se trate, contenido mínimo de los avisos, el mecanismo de publicación, especificaciones técnicas y requisitos mínimos del acto administrativo de adjudicación.

Las *contrataciones directas*⁶⁴ pueden realizarse solo en los casos taxativamente previstos y que se relacionan con:

- i) falta de presentación de ofertas o que las presentadas no cumplan con lo exigido o se hayan coludido;
- ii) proveedor único por obra de arte, protección de patentes o derechos de autor u otros derechos exclusivos, inexistencia de competencia por razones técnicas como es el caso de contratación *intuitu personae*;
- iii) contrataciones de bienes y servicios adicionales con el mismo proveedor inicial por razones económicas o técnicas (incluye el caso de contratos complementarios);
- iv) razones de extrema urgencia por acontecimientos imprevistos por la entidad contratante, este es un caso que no lo prevé la legislación nacional, puesto que no se trata de una contratación de emergencia que obedece a fuerza mayor o caso fortuito, aquí basta con que sea urgente debido a un hecho imprevisto;
- v) mercancías adquiridas en un mercado de productos básicos (*commodities*);

64 *Ibíd.*, art. 185.

- vi) adquisición de prototipos para la ejecución de un contrato de investigación, experimentación, estudio o creación original;
- vii) compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables, pero siempre que no sea compras ordinarias a proveedores habituales;
- viii) contratos adjudicados al ganador de concurso de diseño, con jurado independiente.

El ACM entonces incorpora cinco nuevos casos de contratación directa al ordenamiento jurídico ecuatoriano, los que se contienen desde el acápite iv) al viii) señalados en el párrafo anterior.

Un asunto que resaltar del ACM es la normativa relacionada al derecho de petición y tutela judicial efectiva que faculta a un proveedor —que considere afectados sus derechos por la violación o inobservancia de lo acordado en el título VI—, a ejercer acciones legales incoando un procedimiento de revisión administrativa o judicial.⁶⁵

Los proveedores podrán presentar una reclamación ante la entidad contratante, para lo cual:

- i) se prevé la posibilidad de un arreglo mediante consultas;
- ii) se debe considerar el período de diez días para presentar una reclamación desde que el proveedor haya conocido o razonablemente pudo conocer del acto que le afecta;
- iii) existe una autoridad imparcial, independiente de las entidades contratantes —Sercop en lo administrativo y Corte Nacional de Justicia en lo judicial—, que pueda recibir y examinar las impugnaciones efectuadas;
- iv) se podrá recurrir ante la autoridad pública administrativa o judicial imparcial según la resolución que tome una entidad contratante;
- v) el procedimiento del órgano de revisión deberá asegurar que la entidad contratante responda por escrito a la impugnación y adjunte la información o expediente del caso.

El trámite prevé el cumplimiento de derechos de petición y de la garantía del debido proceso a través de un procedimiento de naturaleza pública en el que se establece la posibilidad de presentación de testigos y medios de prueba, la convocatoria a una audiencia, por pedido de

65 *Ibíd.*, art. 190.

las partes, para que en ella actúen tanto el proveedor como la entidad contratante para hacer valer sus derechos, antes de la toma de decisión por parte del órgano revisor, decisión que será motivada.

Los arts. 102 y 103 de la LOSNCP prevén la tutela de los derechos de los administrados, quienes tienen la facultad de presentar reclamaciones y el recurso de apelación de los actos administrativos que emiten las entidades contratantes en los procedimientos de contratación pública.

Sin embargo, la mencionada ley no ha otorgado capacidad jurídica al Sercop para que actúe como instancia administrativa de alzada, con competencia para conocer y resolver las impugnaciones a las resoluciones emitidas por las entidades contratantes en un procedimiento administrativo.

El ACM le entrega esta competencia jurídica al organismo rector de la contratación pública en el país y desde esta perspectiva se abre un camino decisivo para contar con un organismo independiente que resuelva en última instancia gubernativa —sede administrativa— los asuntos controvertidos en materia de contratación pública.

Esta facultad jurídica incluye —dentro de los procedimientos impugnatorios— la interposición de medidas cautelares que podrán tener como efecto la suspensión del procedimiento precontractual —que será facultativa del Sercop— quien deberá valorar las consecuencias desfavorables tanto para los afectados como para el interés público. En el supuesto que estas medidas no sean tomadas, se deberá justificar por escrito la no adopción de dichas medidas; asunto que está acorde con la legislación nacional que exige la motivación de las decisiones administrativas.⁶⁶

4. COBERTURA DE LA OFERTA ECUATORIANA: ANEXO XII, SECCIÓN D

4.1. ALCANCE INSTITUCIONAL DEL ACUERDO, UMBRALES Y APERTURA AL MERCADO

La oferta ecuatoriana se plasma en el anexo XII (Contratación pública), que contiene las condiciones pactadas entre las partes para la apertura al mercado. Jurídicamente constituye la oferta que hace Ecuador a la

66 Ecuador, *Constitución*, art. 76, num. 7, lit. j.

UE para que, bajo los supuestos acordados, se tenga la obligación legal de contar con la participación de proveedores europeos en las compras públicas cuando las entidades contratantes vayan a efectuar convocatorias o invitaciones a procedimientos de selección cuyos presupuestos referenciales se encuentren dentro de los umbrales acordados.

En contratación pública, la oferta es la manifestación de la voluntad de un proveedor para participar en un procedimiento de contratación del Estado y ser considerado en la calificación, para lo cual deberá cumplir con los requisitos de orden jurídico, técnico y económico. Esto, con el fin de que, luego de una evaluación comparativa con los requisitos exigidos en los pliegos o documentos de contratación por las entidades contratantes, pueda ser evaluado como la oferta de mejor costo y solo en este caso resultar adjudicado.⁶⁷

Para la LOSNCP, el mejor costo está determinado en una relación precio-calidad en el caso de bienes y servicios no normalizados, obras y consultoría; y como la más baja en precio cuando se valoran adquisiciones de bienes y servicios normalizados.⁶⁸

En el anexo en discusión, la oferta ecuatoriana sigue, en su estructura, el modelo del ACP de la OMC. Inicia con el concepto de cobertura en la contratación pública⁶⁹ que se contiene en el apéndice I, en el que se listan las entidades contratantes que estarán obligadas a aplicar el ACM. Así, en la subsección 1 se numeran las entidades contratantes del nivel central de gobierno (entidades públicas de los poderes ejecutivo,

67 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 7.^a ed., t. 2 (Ciudad de México: Porrúa, 2004), 411. «Cada oferente que cumpla las condiciones de la licitación tiene un derecho subjetivo a participar en la comparación de ofertas, pero solo un interés legítimo a llegar a ser adjudicatario; una vez notificada la adjudicación, el adjudicatario tiene ya en cambio, un derecho subjetivo».

68 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, num. 17-9.

69 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XVIII, sección B, subsección 1, 2 y 3. «El título VI del presente Acuerdo se aplicará a las entidades del nivel central de gobierno [nivel subcentral y otras entidades, según corresponda] a las que se hace referencia en esta subsección en relación a la contratación de mercancías, servicios y servicios de construcción listadas abajo, cuando el valor de la contratación se ha estimado, de conformidad con el art. 173, párrafos 6 a 8, del presente acuerdo igual o superior a los siguientes montos». El anexo XVIII del Protocolo sustituye a la sección B del apéndice 1, anexo XII del Acuerdo (art. 20 del Protocolo).

legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social); en la subsección 2, entidades del nivel subcentral de gobierno (Gobiernos Autónomos Descentralizados); y en la subsección 3, otras entidades públicas cubiertas (empresas públicas). Para cada una de ellas se ha establecido un umbral de contratación para bienes y servicios y otro para obras, y también se han previsto notas específicas para cada subsección, las que son excepciones a contrataciones específicas que desarrollen las entidades listadas y que por lo tanto no estarán sujetas al cumplimiento del ACM.

En el nivel central de gobierno se enlistan, en la subsección 1 del apéndice 1, dos entidades de gobierno central como son la Presidencia y Vicepresidencia de la República; nueve secretarías nacionales; ocho ministerios coordinadores (que en la actualidad ya no existen pues han sido suprimidos, transformados o fusionados por decisión presidencial conforme consta en el Decreto Ejecutivo 7 de 24 de mayo de 2017);⁷⁰ veintidós ministerios sectoriales (que también han sido objeto de modificación de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ejecutivo 6 de 24 de mayo de 2017), entendiéndose en este caso que no solo están cubiertos los ministerios sino también las entidades adscritas a ellos; ocho entidades de la banca pública; cuatro entidades denominadas *servicios*; tres que corresponden a otra institucionalidad como Autoridad Portuaria, Dirección Nacional de Aviación Civil y Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; veintitrés entidades en el título de otros organismos del Estado que fundamentalmente se refieren a la institucionalidad de los cuatro poderes del Estado distintos del Ejecutivo, y veintinueve entidades del sector de educación.

En la subsección 2 del apéndice 1, que corresponde a entidades del nivel subcentral de gobierno, se considera a todos los gobiernos autónomos provinciales y a todos los gobiernos autónomos municipales, excluyéndose de manera expresa en las notas de la subsección a los gobiernos autónomos parroquiales; y, por último, en la subsección 3 del apéndice 1 (Otras entidades cubiertas), se enlistan cuarenta y seis empresas públicas.

Se denominan *umbrales* a los montos de los presupuestos referenciales de los bienes, servicios y obras que servirán para efectuar un aviso

70 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 7*, Registro Oficial 16, Segundo Suplemento, 16 de junio de 2017.

o llamado de contratación. Sobre los umbrales hay que considerar tres elementos; primero, se fijan en DEG,⁷¹ esto es, una canasta de monedas con tipo de cambio fuerte que se utiliza en el comercio internacional y las finanzas de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI); a 8 de diciembre de 2015, la cotización del DEG fue de USD 1,38437.⁷²

Segundo, los umbrales serán calculados cada dos años; entra en vigor cada ajuste el 1 de enero. Para esto existe un mecanismo de cálculo y actualización del DEG que se fundamenta «en el promedio de los valores diarios del tipo de cambio de los DEG respecto del dólar de los Estados Unidos de América durante los veinticuatro meses anteriores al último día del mes de agosto que preceda a la revisión con efectos desde el 1 de enero».⁷³ Es necesario señalar que en el anexo XII, sección D, apéndice 1, subsección 7 (Notas generales), num. 3 se menciona que los umbrales del ACM empezarán a regir a partir del 1 de enero de 2018.

Tercero, el ACM suscrito con la República del Ecuador prevé un período de transitoriedad de cinco años para la aplicación de los umbrales, a diferencia de sus pares de Colombia y Perú que no lo tienen. Este lapso empezará a correr a partir de su entrada en vigor, cuando los umbrales tendrán montos más altos. Finalizado el plazo se aplicarán definitivamente los umbrales permanentes acordados en cada subsección

71 FMI, «Ficha técnica: Derechos especiales de giro», *Fondo Monetario Internacional*, última actualización 1 de octubre de 2016, párr. 1, <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>. «El DEG fue creado en 1969 por el FMI para apoyar el sistema de paridades fijas de Bretton Woods. Los países que participaban en este sistema necesitaban reservas oficiales —tenencias del gobierno o el banco central en oro y monedas extranjeras de amplia aceptación— que pudiesen ser utilizadas para adquirir la moneda nacional en los mercados cambiarios, de ser necesario, a fin de mantener su paridad cambiaria. Pero la oferta internacional de dos activos de reserva fundamentales —el oro y el dólar de EE. UU.— resultaba inadecuada para apoyar la expansión del comercio mundial y el desarrollo financiero que estaba teniendo lugar. Por consiguiente, la comunidad internacional decidió crear un nuevo activo de reserva internacional con el auspicio del FMI».

72 XE, «Convertor de Divisas XE», XE, accedido 7 de diciembre de 2015, <http://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=1&From=USD&To=XDR>.

73 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsección 7, num. 3. El anexo XIX del Protocolo se añade al apéndice 1 del anexo XII del Acuerdo (art. 21 del Protocolo).

en la que se listan a las entidades contratantes. Estos montos varían también en función del objeto de la contratación, es decir, si se trata de obras, bienes y servicios, conforme se señala en la tabla 1.

Tabla 1: Entidades contratantes y umbrales de contratación para la apertura del mercado de compras públicas a proveedores europeos

Tipo de compra	Entidades contratantes	Umbrales ¹ iniciales (2017)	Umbrales permanentes (2022) ²
Bienes y servicios	Gobierno central ³	DEG 260 000,00	DEG 130 000,00
		USD ⁴ 359 936,20	USD 179 968,10
	GAD	DEG 350 000,00	DEG 200 000,00
		USD 484 529,50	USD 276 874,00
	Empresas públicas	DEG 400 000,00	DEG 400 000,00
		USD 553 748,00	USD 553 748,00
Obras	Entidades del gobierno central, GAD y empresas públicas	DEG 6 000 000,00	DEG 5 000 000,00
		USD 8 306 220,00	USD 6 921 850,00

Fuente: ACM

Elaboración propia

¹ Montos de contratación en DEG a partir de los cuales rigen los términos del ACM.

² Transcurridos los cinco años de transitoriedad previstos en el ACM.

³ Entidades de los poderes ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social.

⁴ Este y los demás valores en dólares son extraoficiales; fueron calculados según la cotización de USD 1,38437 por DEG, vigente al 8 de diciembre de 2015.

Cada subsección contiene «notas a la subsección», un listado de condiciones a las que se exceptúa la aplicación de la contratación pública cubierta; son, por tanto, mecanismos que las partes adoptan para que determinados objetos de contratación no se abran a la compra pública a pesar de ser entidades listadas y estar comprendidas en los umbrales pactados.

En el nivel central de gobierno se exceptúa las siguientes adquisiciones:

- a) Las que realicen el Ministerio Coordinador de Seguridad, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio del Interior y la Secretaría de Inteligencia, con relación a bienes estratégicos necesarios para la defensa nacional y la seguridad pública; y las contrataciones contenidas en la sección 2 (Alimentos, bebidas, tabaco; textil y confección de productos del cuero) de la

- Clasificación Central de Productos (CPC) para el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Nacional, y la Policía Nacional.
- b) Las del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, las del Ministerio de Educación y sus organismos, instituciones o unidades administrativas dependientes, adscritas o coordinadas destinada a servicios de construcción de unidades educativas (incluso a través del Servicio de Contratación de Obras [SECOB]; diagrama, diseño, edición y publicación de material didáctico, y adquisición de uniformes escolares.
 - c) Las del Ministerio de Inclusión Económica y Social y sus organismos, instituciones o unidades administrativas dependientes, adscritas o coordinadas, destinadas a la contratación de bienes de la sección 2 (Alimentos, bebidas, tabaco; textil y confección de productos del cuero) del CPC, dirigidos a programas de asistencia social.
 - d) Las del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca respecto a alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos en relación con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria.
 - e) Las del Consejo Nacional Electoral para la preparación y realización de elecciones y consultas populares.

Del nivel subcentral de gobierno no están cubiertas las contrataciones que realicen las juntas parroquiales por así expresamente señalarlo las notas a esta subsección; por consiguiente, más allá del monto o umbral del presupuesto referencial y de la junta parroquial de que se trate, no existe la obligación jurídica de abrir el mercado a proponentes de nacionalidad europea. En el tercer nivel, que corresponde a las empresas públicas, no se ha pactado excepción alguna.⁷⁴

4.2. ALCANCE PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS

Las subsecciones 4 y 5 del apéndice 1 del ACM tratan sobre la oferta ecuatoriana en bienes y servicios, debiendo aclararse que esta última acepción incluye la prestación de servicios de consultoría. En cambio,

74 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsecciones 1, 2 y 3.

la subsección 6 se refiere a los servicios de construcción, que en nuestra legislación se la conoce como *contratos de ejecución de obra*.

Constituye un mecanismo de negociación en el comercio internacional elaborar listas negativas y positivas para la delimitación de la oferta de las partes.⁷⁵ La lista negativa es aquella que expresamente se pretende exceptuar de la aplicación del acuerdo; en este sentido, elaborar listas negativas constituye una actividad compleja puesto que si algún bien o servicio no se encuentra listado o determinado de forma expresa en la lista negativa, entonces deberá entenderse que la oferta es amplia y abarca a todos los productos o mercancías que no han sido objeto de la excepción.

En sentido contrario, la elaboración de una lista positiva entraña menor complejidad y es mucho más transparente que la negativa. En el proceso de negociación la parte que plantea la oferta a través de una lista positiva está segura de lo que es conveniente para el país de su representación y ofrece la incorporación de un bien o servicio que se puede abrir al mercado o cuyo *costo* es previsible o aceptable. Por consiguiente, solo los bienes y servicios que se listan positivamente serán los que se abran a la participación en el mercado, entendiéndose que los que no se encuentran expresamente ofrecidos están exceptuados de su cobertura.

En las subsecciones de bienes y servicios se han utilizado los dos mecanismos: para bienes, la lista negativa, en el sentido de indicar expresamente los productos a los que no aplica el ACM; en el caso de servicios, se ha optado por la lista positiva, es decir, las partes señalan de

75 OEA, «Diccionario de términos de comercio», *SICE: Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, s. vv. «enfoque de lista negativa» y «enfoque de lista positiva», accedido 8 de diciembre de 2015, http://www.sice.oas.org/dictionary/SV_s.asp: «enfoque de lista negativa: la inclusión integral de todos los sectores de servicios, a menos que se especifique lo contrario en la lista de reservas, sobre la base de las disciplinas específicas del capítulo sobre servicios y las disciplinas generales del acuerdo comercial. Un enfoque de lista negativa requiere que las medidas discriminatorias que afectan a todos los sectores incluidos sean liberalizadas, a menos que medidas específicas se incluyan en la lista de reservas». «Enfoque de lista positiva: la inclusión voluntaria de un número determinado de sectores en una lista nacional, que indica el tipo de acceso y de trato para cada sector y para cada modo de suministro que un país está dispuesto a ofrecer contractualmente a los proveedores de servicios de otros países».

forma expresa los servicios en los que se permite el acceso al mercado, por lo que los que no se hayan pactado expresamente no serán materia del acuerdo.

Esta decisión de implementar la lista positiva en la subsección 5 (Servicios) salvo los de construcción obedece a las previsiones legales que se contienen en nuestra legislación nacional. Al respecto de la consultoría —servicio profesional especializado que está comprendido en la subsección 5 del apéndice 1 del ACM bajo análisis—, la LOSNCP prevé un sistema de preferencia que constituye una barrera de entrada al mercado puesto que la contratación debe hacerse con consultores de nacionalidad ecuatoriana; solo por excepción y previo un procedimiento de verificación de ausencia de capacidad nacional podrá abrirse la participación a consultores de nacionalidad extranjera.

El art. 37 de la LOSNCP otorga un derecho preferencial, y excluyente en un primer momento, para que tratándose de participación en los procedimientos de contratación de consultoría solo puedan ofertar legalmente quienes, a más de cumplir con los requisitos de habilitación en el Registro Único de Proveedores (RUP), sean de nacionalidad ecuatoriana. En ese sentido, la ley establece un marco de confianza en las capacidades profesionales especializadas de sus nacionales, que se observa claramente cuando en su cuarto considerando el legislador dejó planteada esta posición de que «los recursos públicos que se emplean en [...] la adquisición de [...] servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana».⁷⁶

Existiendo tal límite para la participación de consultores extranjeros en los procedimientos de contratación de las entidades contratantes ecuatorianas, la oferta que en servicios se negoció y que fue aceptada se encuentra dentro del ámbito de ejecución de actividades distintas de la consultoría y, por lo mismo, en este aspecto no existe apertura del mercado público a consultores de origen europeo.

A riesgo de insistencia se debe enfatizar que la consultoría, entendida como la prestación de servicios profesionales especializados que tienen por objeto «identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y

76 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, cuarto considerando.

proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación»⁷⁷ se encuentra excluida del ACM, por cuanto en la lista positiva están descritas e identificadas con su respectivo código CPC actividades que conforme la legislación ecuatoriana constituyen servicios distintos a los de consultoría.

Estas actividades de servicios incluidos taxativamente en la subsección 5 son:

- a) servicios de transporte bajo las modalidades terrestre, marítima, ferroviaria, aérea; por tubería, embarcaciones de navegación no marítima y de transportes complementarios y auxiliares
- b) telecomunicaciones
- c) mantenimiento y reparación
- d) servicios en hoteles
- e) distribución de electricidad y de gas por tubería
- f) agencia de viajes y organización de viajes en grupo
- g) servicios auxiliares de seguros y fondos de pensiones
- h) arrendamiento y alquiler de maquinaria y equipos, sin operarios
- i) arrendamiento y alquiler de efectos personales y enseres domésticos
- j) informática y servicios conexos
- k) servicios de teneduría de libros
- l) asesoramiento tributario
- m) investigación de mercado y otros similares
- n) servicios relacionados con consultores en administración
- o) servicios integrados de ingeniería
- p) publicidad
- q) limpieza de edificios y servicios inmobiliarios a comisión o por contrato
- r) servicios relacionados con la agricultura, caza, silvicultura, pesca, minería, manufactura, exceptuando la manufactura de productos metálicos como maquinaria y equipos
- s) empaquetado; servicios de editoriales e imprenta
- t) otros servicios comerciales
- u) veterinaria

77 *Ibíd.*, art. 6, num. 8.

- v) servicios ambientales: servicios de limpieza de combustión, amortiguamiento de ruido, protección del paisaje y de la naturaleza, otros servicios de protección al medio ambiente⁷⁸

Para conocer el alcance real es necesario acercarse a la descripción de los servicios acordados que constan en el código del CPC, versión preliminar, identificado como documento MNT.GNS/W/120, que es el que utiliza la UE.⁷⁹ Sin embargo, la versión con la cual funciona el SNCP y las herramientas informáticas de interoperación transaccional es la versión CPC 1.1., circunstancia que constituirá una dificultad técnica al momento de identificar los servicios que serán objeto del acceso al mercado para que se genere, de manera automática, el aviso de licitación respectivo utilizando la herramienta del RUP como instrumento que activa el llamado.

La subsección 4, Mercancías, contiene las exclusiones a la cobertura. Se previó que no está cubierta por el ACM la adquisición de bienes para la realización de servicios de investigación y desarrollo, ni las contrataciones correspondientes a los bienes de las siguientes cuatro categorías de CPC:

- a) petróleo crudo y gas natural, división 12 de la CPC
- b) aceites de petróleo, grupo 333 de la CPC
- c) gases de petróleo y otros hidrocarburos gaseosos, grupo 334 de la CPC
- d) productos químicos orgánicos básicos, grupo 341 de la CPC

Esta técnica de pactar una lista negativa como se verifica en el caso de bienes o mercancías, denominación que usa el ACM, permite afirmar que la oferta ecuatoriana es amplísima en su cobertura y que casi no encuentra limitaciones. Por ello, cualquier bien —salvo los bienes necesarios para servicios de investigación y desarrollo y aquellos que se contengan en cualquiera de los cuatro grupos enunciados— deberá ser objeto de un aviso de contratación pública a proveedores europeos en el supuesto de que el presupuesto referencial de la adquisición esté dentro del umbral pactado.

78 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsección 5.

79 OMC, *Lista de clasificación sectorial de los servicios*, MTN.GNS/W/120, 10 de julio de 1991.

Por último, se discutirá la contratación de obras, asunto previsto en la subsección 6 del apéndice 1. En el ACM se ha listado la división 51 del CPC acordado, denominado *Trabajos de construcción*, que corresponde a los contratos de ejecución de obra. Se trata de aquellos cuya naturaleza jurídica corresponde a los de obra pública; aquellos mediante los cuales la administración encarga a un tercero la edificación, mantenimiento o reparación de obras de infraestructura a cambio de un precio.

Dromi señala que «la obra pública es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir, que no es resultado de la naturaleza». ⁸⁰ Este es el sentido que la división 51 del CPC recoge como alcance de la obra pública materia del acuerdo, ya que este tipo de contratos se realizarán siempre que exista una actividad planificada y organizada que edifique la obra, diferenciándola de procedimientos de adquisición de obras que ya se encuentran edificadas y que la administración pública las adquiere a través de la declaratoria de utilidad pública y expropiación.

Con esta aclaración, es necesario señalar que el acuerdo no prevé exclusión alguna al alcance de la contratación pública cubierta cuando se trata de obras. Así, el acceso al mercado de obras públicas ecuatorianas es total, a condición de que se cumpla con el umbral. Se han incorporado dos notas a la subsección; no representan en sí una excepción a la cobertura, sino en el primer caso: el requerimiento de incorporación de mecanismos de preferencia. En el segundo: el expreso señalamiento que la ejecución de trabajos de construcción no solo se podrá ejecutar a través de contratos de obra pública sino también a través de contratos de concesión de obra pública ⁸¹ dentro de un proceso de delegación a la iniciativa privada y observándose el principio de *trato nacional*, de igualdad o no discriminación en la participación de nacionales y extranjeros. El ACM deberá observarse para la ejecución de obras que regula la LOSNCP como la construcción de infraestructura que se realice al

80 Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), 386.

81 *Ibíd.*, 406. «Contrato de concesión de obra pública es un modo de la ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remuneración otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado».

amparo de contratos de concesión de obra pública sujetos a normativa jurídica distinta de la LOSNCP.

La nota a la subsección negociada por Ecuador se enmarca en el reconocimiento de mecanismos de preferencia a la mano de obra local cuando contempla que una entidad contratante podrá incorporar en el pliego de contratación el cumplimiento de la obligación relacionada con que los proveedores que vayan a participar contraten mano de obra local siempre que se verifiquen dos condiciones: a) que la obra sea de construcción, mantenimiento o rehabilitación de carreteras y autopistas, y b) que el personal a contratar resida en las áreas rurales.⁸²

En resumen, la cobertura en ejecución de obras públicas incorpora tanto a los contratos de construcción como los de concesión, tomando en cuenta que, conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los procedimientos de contratación de obra pública se encuentran regulados en la LOSNCP. Este cuerpo legal no aplica a los contratos de concesión regulados en la denominada Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada,⁸³ ya derogada por el Código Orgánico Administrativo;⁸⁴ en el art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI),⁸⁵ y en el art. 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera.⁸⁶

4.3. EXCLUSIONES GENERALES

La subsección 7 del ACM se titula «Notas generales»; estas son excepciones a la aplicación del ACP. En ello radica su importancia, puesto

82 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsección 6.

83 Norma jurídica publicada en el Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993, que constituye el marco regulatorio de los procedimientos de delegación de servicios públicos a empresas privadas y que marca el inicio del modelo privatizador y neoliberal en el Ecuador.

84 Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.

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

86 Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, 18 de diciembre de 2015.

que por ser transversales no existe acceso al mercado de las obras, bienes y servicios que se hayan incorporado en esta subsección.

El num. 1 de esta subsección deja sentado que las normas jurídicas del ACM no aplican a las siguientes contrataciones:⁸⁷

a) Contrataciones de mercancías y servicios destinados a la defensa nacional.

Obsérvese que esta excepción ya estaba prevista como nota a la subsección 1 del apéndice 1, cuando este tipo de compras lo realizan los ministerios responsables de la defensa nacional, de inteligencia, de seguridad o del interior. Se trataría de una disposición reiterativa o implicaría un elemento adicional, nuevo, que es necesario dilucidar. Sí amplía el campo de acción de la excepción, ya que incorpora a los servicios y no solo a bienes como estipula la nota de la subsección 1. No obstante, no consta el Ministerio del Interior entre las entidades a las que beneficia esta excepción general.

b) Programas y procedimientos de apoyo a la mipymes y aepys.

Es interesante la redacción de la exclusión, pues todo programa o procedimiento que las entidades contratantes realicen para la contratación de mipymes e incluso de aepys, a condición de que estos últimos sean comparables en tamaño a las mipymes, podrá efectuarse sin considerar la participación de oferentes europeos. Así, bien se puede concluir que este literal se refiere al conjunto de actividades sometidas a planificación y con una organización específica destinada a incorporar a dichos emprendedores al mercado público nacional y con ello mejorar sus condiciones de vida, siempre y cuando la convocatoria pública para su participación sea restringida a proveedores que ostenten tales calidades.

También se menciona el término *procedimientos*. Se deben conjugar al unísono las dos condiciones, tanto la de exclusividad en la organización de los procedimientos como en la participación de los actores que cumplan con la condición de preferencia por tamaño, esto es, ser mipyme o aepys.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los procedimientos de contratación pública que reúnen estas condiciones son los que se organizan

87 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsección 7, num. 1.

a través de ferias inclusivas o también los del Catálogo Dinámico Inclusivo. El primero consta en el art. 59.1 agregado por el art. 17 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP, vigente desde el 14 de octubre de 2013. El segundo, que constituye una variación del procedimiento dinámico de catálogo electrónico, destinado a las compras de inclusión con proveedores que cumplan con la obligación de que los bienes y servicios que confeccionen o presten, sean de producción nacional y que su tamaño corresponda a micro o pequeños proveedores; el catálogo dinámico inclusivo es definido y regulado por el SNCP mediante Resolución RE-SERCOP-2015-000025 del 6 de febrero de 2015.⁸⁸

En el *Informe de labores 2014* del Sercop⁸⁹ se afirma que a través de ferias inclusivas se adjudicaron contratos por un monto total de USD 57 154 324,40. Con relación al tamaño de los proveedores, se concedió, del número total de contratos que se siguieron a través del SOCE, el 57 % a la microempresa, 32 % a la pequeña empresa, 8 % a la mediana y el 3 % a la gran empresa.

c) Contratación de mercancías destinadas a programas de ayuda alimentaria, vale decir el objetivo principal es la compra de alimentos, pero también puede estar incorporado bienes para su empaquetamiento o conservación e incluso elementos de logística; se excluye, por no estar incorporada de forma expresa, la excepción de la prestación de servicios para este fin.

d) Contrataciones que se realicen por parte de entidades públicas de la provincia de Galápagos, así como las contrataciones que vayan a ser destinadas para la satisfacción de las necesidades de dicha región insular.

e) Contrataciones que se realicen para el funcionamiento de las misiones del servicio exterior.

f) Contrataciones interadministrativas. El texto del Acuerdo comercial señala de forma textual: «las contrataciones hechas por una entidad

88 Ecuador Sercop, *Resolución RE-SERCOP-2015-000025*, art. 3, num. 3.3: «Catálogo Dinámico Inclusivo (CDI).- Es un sistema de compra directa que garantiza la participación incluyente y exclusiva de actores de la economía popular y solidaria; micro y pequeños proveedores; proveedores pertenecientes a grupos vulnerables; o grupos de atención prioritaria, que permite a las entidades contratantes agilizar, simplificar y transparentar sus adquisiciones de bienes y servicios normalizados, exclusivamente».

89 Ecuador Sercop, *Informe de labores 2014*, 61.

ecuatoriana a otra entidad ecuatoriana».⁹⁰ No se trata de una redacción justa y adecuada, pero deberá entenderse bajo la lógica de que se trata de contrataciones interadministrativas en las que el Estado a través de cualquiera de sus niveles (central, subcentral o de la administración pública institucional) puede contratar entre sí con el fin de potencializar sus actividades de atención y satisfacción de las necesidades públicas.

Esta excepción encuentra su fundamento en el art. 2, num. 8 de la LOSNCP que permite, bajo el régimen especial, la compra directa cuando se trata de contratación interadministrativa nacional.

La subsección 7 contiene tres numerales adicionales, 2, 3 y 4, que tratan en su orden sobre desagregación tecnológica, fórmula de cálculo de umbrales y autoridades ecuatorianas identificadas y responsables de la tutela efectiva de los derechos de los administrados o proveedores para ejercer las acciones administrativas o judiciales, según corresponda, en los procedimientos de contratación efectuados al amparo del ACM.

El num. 2 regula la desagregación tecnológica para obras y bienes sujetos al convenio estableciendo un límite de hasta el 40 % del presupuesto referencial de la contratación, el que estará vigente por el lapso de cinco años, luego de lo cual dejará de aplicarse y estará en el umbral permanente negociado.

El texto acordado sobre desagregación tecnológica trata sobre la incorporación de agregado nacional en la contratación pública que se lo realizará con base en la metodología que defina el SNCP de Ecuador. Desde esta perspectiva, se entiende la existencia por lo menos durante un corto plazo de cinco años de preferencia en la contratación pública para las mercancías y construcción de obras que tengan un contenido nacional de hasta el 40 %.

El SNCP, con una clara visión de favorecer los productos ecuatorianos, reguló la priorización de las compras de producción nacional,⁹¹ señalando incluso que si en cualquiera de los procedimientos regulados en la LOSNCP existía un solo proveedor de bienes que cumpla con el

90 Unión Europea y Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, anexo XIX, sección D, subsección 7, num. 1, lit. f.

91 Ecuador Sercop, *Resolución n.º RE-2013-000089: Disposiciones para la priorización de ofertas de bienes, servicios y obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública*, 28 de junio de 2013, arts. 5-6.

valor agregado ecuatoriano (VAE) sectorial excluía la participación de todas las demás ofertas, las que debían ser rechazadas.

En el caso de que fueran dos o más los participantes que incorporen en sus bienes el porcentaje exigido de VAE, entonces la oferta que más lo incorpore tendría el mayor puntaje y las restantes debían tener el que resulte de aplicar una fórmula directamente proporcional. Solo en el caso de que ninguna oferta participante cuente con el VAE, entonces todas podían continuar con la evaluación como productos extranjeros; sin embargo, a la oferta que mayor VAE incorpore, sin que este haya cumplido el VAE sectorial determinado por el Sercop, tendría el mayor puntaje por preferencia a la producción nacional y las demás ofertas extranjeras el puntaje proporcional respectivo.

Tratándose de obras, el término para la incorporación de componente nacional es el de *participación ecuatoriana mínima*, determinada con base al estudio de desagregación tecnológica. El Sercop estableció la metodología para conocer y calcular el porcentaje de participación ecuatoriana mínima por cada rubro de obra,⁹² cuyo promedio ponderado dará como resultado el valor del porcentaje de participación ecuatoriana mínima de toda la infraestructura civil a construirse.

La desagregación tecnológica solo es aplicable a los procedimientos de contratación cuyo presupuesto referencial sea de licitación de obras.⁹³ Para el año 2015, el monto que corresponde es de USD 1 089 513,57 y la regla de participación es muy semejante a la del VAE, puesto que necesariamente las ofertas deben cumplir con el porcentaje que siguiendo la metodología haya previsto la entidad contratante, con la salvedad de que, si incumplen, las ofertas serán rechazadas.

La preferencia está en obtener hasta diez puntos en la evaluación de la oferta que la logrará quien mayor porcentaje de participación ecuatoriana mínima ofrezca, y los demás que cumplan con el requisito tendrán el beneficio que resulte de la aplicación proporcional; las ofertas que incumplan con este requisito obligatorio serán rechazadas pues es una causa de descalificación de las propuestas.

92 Ecuador Sercop, *Resolución n.º RE-SERCOP-2013-0000095: Regulaciones con relación a la aplicación, metodología y verificación de cumplimiento de los resultados de los estudios de desagregación tecnológica en la contratación de obras*, 26 de julio de 2013, arts. 6-7.

93 Mayor a 0,00003 del presupuesto inicial del Estado.

Con estos elementos, lo previsto en el ACM constituye el mantenimiento del sistema de preferencia a la producción nacional. No obstante, esta tiene un límite que no puede superar el 40 %; de esta forma, las entidades estarán prohibidas de establecer un porcentaje de participación ecuatoriana mínima mayor al tope máximo acordado.

Sobre el num. 3 de la subsección 7, siendo los umbrales móviles acordados en DEG, corresponde dar una estabilidad para que sean utilizadas en las contrataciones públicas. El cálculo del DEG se realiza cada dos años, entrando en vigencia en el mes de enero del año al que corresponde efectuar el cálculo, y, para determinar el valor a aplicarse en este período, se considera el promedio de los valores diarios del tipo de cambio del DEG respecto al dólar de los Estados Unidos de América durante los veinticuatro meses anteriores al último día del mes de agosto.

Para calcular el DEG a aplicar el 1 de enero del año 2018, por ejemplo, debería utilizarse el tipo de cambio diario de este con respecto al dólar desde el 30 de agosto de 2015 al 30 de agosto de 2017.

Por último, el num. 4 de la subsección 7 del apéndice 1 se refiere a las autoridades ecuatorianas que serán responsables de la tutela efectiva de los derechos de los participantes en procedimientos de contratación pública regidos por el ACM. Se menciona al Tribunal Contencioso Administrativo y a la Corte Nacional de Justicia como órganos del poder judicial, y, en sede administrativa, al Sercop como autoridad competente con capacidad de emitir medidas cautelares de ser necesario en los procedimientos de contratación sujetos a la LOSNCP.

Dos ideas importantes, la primera radica en que el Sercop podrá intervenir en sede administrativa en todos los procedimientos sujetos a la LOSNCP, en su calidad de organismo regulador de la contratación pública, no en los de concesión de obra pública que, aunque son materia del ACM, su procedimiento de contratación no se encuentra sujeto al mencionado cuerpo legal. El Sercop tiene la capacidad jurídica para conocer sobre las reclamaciones y recursos que interpongan los proveedores que participen en procesos de delegación como es la concesión, por así haber acordado las partes, generándose con esto una ampliación de la competencia del organismo rector que será responsable de la tutela efectiva en los procesos de concesión que se efectúen al amparo del ACM. La segunda consiste en dilucidar si el Sercop tiene o no

capacidad legal para emitir medidas cautelares. Considero que sí la tiene desde el 14 de octubre de 2013, en el que expide la Ley Reformatoria a la LOSNCP, constante en el num. 1 del art. 25 que sustituye el texto del art. 102 de la LOSNCP.

El texto del artículo reformado, tratándose del derecho de los administrados a presentar reclamaciones administrativas, en su parte pertinente señala que el Sercop «notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quien dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que se deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes».⁹⁴

La redacción es imprecisa puesto que no le corresponde al Sercop suspender el procedimiento precontractual sino a la máxima autoridad de la entidad contratante una vez que es notificada la presentación del reclamo y la calificación por parte del Sercop. Desde la perspectiva operativa de manejo y administración del SOCE es el SNCP quien implementa la suspensión en el sistema informático cumpliendo así con dicho objetivo.

5. PROYECCIÓN DE LA APERTURA

Para negociar el ACM fue necesario realizar una proyección del *costo* de las propuestas realizadas por los equipos negociadores y de las ofertas por ellos aceptadas. Esto es, de forma previa a la aceptación de las cláusulas analizadas se debió efectuar un cálculo aproximado para conocer la incidencia de la apertura del mercado ecuatoriano a proveedores europeos, tomando como premisa la obligatoriedad de las entidades listadas de abrir el mercado de compras públicas y los umbrales de contratación pactados.

En la conferencia anual que la Procuraduría General del Estado ha desarrollado en los últimos cinco años, se analiza las implicaciones del ACM y la normativa de contratación pública en octubre del año 2014. El Director General del Sercop realizó una presentación en la que señaló el *costo* de la apertura, contando para ello con la información del año 2013 y tomando como referencia los montos globales de contratación provistos por el SOCE. Se utilizó la tabla 2.

94 Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 25:1.

Tabla 2: Simulación de apertura al mercado público por el ACM según monto total de contratos adjudicados en 2013

Umbrales ¹	Empresas públicas	GAD	Gobierno central	Obras	
DEG	400 000,00	350 000,00	260 000,00	6 000 000,00	
USD ²	618 896,00	541 534,00	402 282,40	9 283 440,00	

Objeto de contratación	Monto sobre el umbral (USD)	Monto bajo el umbral (USD)	Total (USD)	Porcentaje por objeto sobre el umbral	Porcentaje por objeto bajo el umbral
Bienes	1 620 614 741,34	1 307 449 217,00	2 928 063 958,34	55,35 %	44,65 %
Fármacos (CM) ³	239 061 670,97		239 061 670,97	100,00 %	0,00 %
Fármacos (fuera del CM)	23 623 093,21	16 443 064,94	40 066 158,15	58,96 %	41,04 %
Servicios	1 219 529 754,07	920 129 820,36	2 139 659 574,43	57,00 %	43,00 %
Obras	2 961 806 653,98	2 009 787 609,75	4 971 594 263,73	59,57 %	40,43 %
Seguros	30 828 961,65	14 597 723,32	45 426 684,97	67,87 %	32,13 %
Consultoría	226 559 574,41	252 394 733,65	478 954 308,06	47,30 %	52,70 %
Total (USD)	6 322 024 449,63	4 520 802 169,02	10 842 826 618,65		
Apertura	58,31 %	Porcentaje de la contratación pública sobre el umbral según ejercicio simulado			

Fuente: SOCE

Elaboración propia

¹ Montos de contratación en DEG a partir de los cuales rigen los términos del ACM.² Valores extraoficiales, calculados según la cotización de USD 1,5474 por DEG en 2013.³ CM: convenio marco, procedimiento de contratación por el cual el Sercop selecciona a proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico (tienda virtual) para ser adquiridos por las entidades contratantes. Favorece la compra a gran escala.

Dicha información señala que el monto destinado a la contratación pública de bienes, servicios y obras ascendió, en el año 2013, al total de USD 10 842 826 619,01. Aplicando los umbrales respectivos por tipo de obra y entidades listadas, el monto de contratación al que aplicaría el ACM sería de USD 6 322 024 449,63, que corresponde al 58,31 % del total de contratos que se han adjudicado y se reportan en el SNCP en ese año. Dicho porcentaje constituiría la posible apertura a la

participación europea en el mercado ecuatoriano. Para este cálculo se utilizó un DEG cuya equivalencia era de USD 1,5474.

Se observa en la tabla 2 que no se ha discriminado la contratación de consultoría, una excepción general al ACM, como tampoco la contratación de seguros, servicios a los que no aplica el Acuerdo comercial por no encontrarse en la lista positiva. Esta tabla se utilizó como herramienta provisional que permitía conocer el alcance de los aspectos que eran objeto de la negociación.

RELACIONES DEL ACUERDO COMERCIAL CON EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. EL SNCP Y SU INTERACCIÓN CON EL ACUERDO

En el año 2008, el Estado ecuatoriano, siguiendo los procesos de modernización y transparencia en la compra pública —que se van profundizando en los países de América Latina y el Caribe—,⁹⁵ expide la LOSNCP, marco jurídico normativo que se caracteriza, entre otras, por:

95 Julio Berlinski et al., «Compras públicas en Sudamérica: ¿Hay espacio para la convergencia de los acuerdos?», en *Compras públicas: Costos beneficio de los procesos de integración regional en el marco de los tratados de libre comercio*, comp. Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky (Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2011), 29. «En los últimos 20 años, muchos países de [América Latina y El Caribe] implementaron reformas significativas para modernizar el proceso de compras, e incrementar la transparencia y eficiencia de sus regímenes públicos de contratación, aunque en algunos países esto fue un proceso prolongado. Las reformas fueron encaradas en muchos casos a través de una nueva legislación de compras gubernamentales: Los países [...] que adoptaron nuevas legislaciones de compras gubernamentales en el período 1899–2009 fueron: Argentina, Bolivia, Belice, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Uruguay y Venezuela».

- a) una visión sistémica de la compra pública, esto es, la interrelación de los sujetos, organismos, principios y preferencias que deberán observarse en el desarrollo de la contratación estatal;
- b) la utilización de herramientas informáticas que agilitan, transparentan y generan una base de datos de acceso público, la cual permite conocer en tiempo real la actividad contractual del Estado;
- c) la creación de un organismo responsable de la rectoría de la política pública, con capacidad de regulación y seguimiento sobre las actuaciones que, en esta materia, efectúan las entidades contratantes.

El desarrollo sistémico de la compra pública se observa desde la perspectiva de interrelacionar a los sujetos intervinientes en el mercado de oferta pública, es decir, las entidades contratantes y demandante de obras, bienes y servicios, y como contrapartida los proveedores nacionales o extranjeros que requieren ofertar y colocar sus productos para la satisfacción de dicha demanda, para lo cual participarán en los distintos procedimientos que ha organizado la mencionada ley.

Esta participación cuenta con una innovación: la utilización de mecanismos ágiles y eficientes que la tecnología actual ha puesto en servicio del sistema de contratación. Me refiero a las herramientas informáticas como el Plan Anual de Contrataciones (PAC), el RUP y el SOCE, o también denominado portal institucional del Sercop⁹⁶ en el que se han desarrollado todas las interrelaciones jurídicas informáticas necesarias para la contratación estatal.

En efecto, la LOSNCP prevé en el art. 22 que toda entidad que requiera iniciar procedimientos de contratación previamente deberá elaborar un plan anual de las contrataciones que efectuará durante el año fiscal respectivo y lo publicará en el portal institucional del Sercop hasta el 15 de enero de cada año. Esta planificación, a más de suponer un importante mecanismo de información y acceso a las contrataciones estatales destinado a los proveedores, supone también que deberá cumplir con los objetivos de planificación nacional previstos en el Plan Nacional de Desarrollo actual Plan Nacional del Buen Vivir.

96 Ver Ecuador Sercop, *Sistema Oficial de Contratación Pública*, <http://www.compras-publicas.gob.ec>.

El PAC no solo constituye un listado de las contrataciones que las entidades contratantes proyectan realizar durante el ejercicio fiscal, sino además incorpora información para la identificación del objeto y tipo de contratación, con determinación del monto del presupuesto referencial y la identificación de la partida presupuestaria asignada al futuro gasto.

El sistema informático de contratación pública interopera, con fines de validación, con la plataforma informática e-sigef, administrada por el Ministerio de Finanzas para las entidades del gobierno central, tanto para comprobar el número de la partida asignada a cada una de las entidades contratantes como para establecer la existencia o no de recursos económicos destinados a la contratación. De tal forma que si a una adquisición listada no se le ha asignado recursos financieros, el PAC no podrá validarse ni, por tanto, *subirse* o incorporarse al sistema informático SOCE.

El PAC sobre todo es una importante fuente de información sobre la demanda del mercado público, posibilita también la programación y planificación de la oferta pues posibles proveedores podrán proyectar sus actividades y cadenas productivas en función de la demanda pública.

EL PAC es una herramienta de planificación de la compra pública que crea una robusta base de datos que puede ser utilizada para el procesamiento de distintos requerimientos de información, uno de ellos debe ser la verificación de la eficacia del gasto de las entidades contratantes.

En caso de que se conozcan el número de adquisiciones anualmente planificadas, el monto asignado a cada una de ellas, el cronograma previsto para la contratación y el valor total ejecutado, en el transcurso del primer y segundo trimestre o al final del ejercicio fiscal se podría conocer varios hechos, a saber: si la planificación se ejecutó en los montos y en el cronograma inicialmente previstos, cuál es el porcentaje real de contratación de las entidades contratantes y cómo se efectuó el gasto —estableciendo los meses en que se ejerció mayor presión sobre el presupuesto y aquellos en los que se observa un menor esfuerzo—. Es decir, es una herramienta que permite a los organismos públicos responsables de la calidad del gasto —la Presidencia y el Ministerio de Finanzas— tomar decisiones oportunas para la administración eficiente de recursos fiscales, pudiendo limitarse o ampliar recursos en los

presupuestos institucionales de las entidades contratantes en relación a la eficiencia en la ejecución de sus presupuestos.

Otra de las herramientas del sistema es el RUP que tiene como finalidad el cumplimiento de un doble objetivo: a) constituirse en una base de información registral sobre los requisitos jurídicos que exige la contratación pública; y b) ser un mecanismo de habilitación para determinar la idónea participación de los proveedores del Estado.⁹⁷

Esta herramienta del sistema permite la democratización en la compra pública pues ha ampliado la base de participación de los proveedores del Estado, ya que de forma automática el sistema informático cursa la invitación a participar en un determinado procedimiento a todo proveedor que se encuentre registrado en el CPC objeto de la contratación.

Es evidente la diferencia o contraste que se ha marcado en este punto, con relación a la práctica administrativa y legal que preveía la derogada Ley de Contratación Pública del año 1990 y sus reformas, que facultaba a las entidades contratantes mantener sus propios registros de proveedores que utilizaban para realizar invitaciones en los procedimientos denominados, en ese entonces, concurso privados de precios.⁹⁸

El RUP es administrado por el Sercop de manera técnica e incorpora el CPC⁹⁹ a nueve dígitos, de bienes y servicios, conforme lo siguiente: primer dígito: sección, segundo dígito: división, tercer dígito: grupo, cuarto dígito: clase, quinto dígito: subclase; sexto a noveno dígitos: productos.

Esta clasificación, conforme lo señala el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (Inec),

97 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 16.

98 Luis Benalcázar Bonilla y Juan Pablo Aguilar Andrade, *Guía de la Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1993), 95-6. «Nombre que la Codificación de la Ley de Contratación Pública otorgaba a los procedimientos que se tramitan según la reglamentación que cada entidad expedía para el efecto cuando su cuantía superaba los mil y no rebasa los dos mil salarios mínimos vitales».

99 ONU, «Clasificación central provisional de productos», Informes Estadísticos Serie M, n.º 77, *UNSD, 1992*, 5, https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/Download/In%20Text/CPCprov_Spanish.pdf: «El objetivo de la CPC es servir de marco para la comparación internacional de estadísticas que se refieren a bienes, servicios y activos y servir de orientación útil a los países que elaboren o revisen un sistema existente para hacerlo compatible con la norma internacional».

tiene su respaldo y sustento técnico en las recomendaciones de las Naciones Unidas; que permitirá clasificar los productos, asignando un código único e independiente a cada uno de ellos. [...]

Es un clasificador completo de bienes y servicios, elaborada a partir de la norma internacional CPC versión 2.0, la misma fue diseñada para clasificar y agrupar productos (bienes y servicios) que tienen características comunes y que son el resultado de un proceso productivo o actividad económica, incluyendo bienes transportables y no transportables así como servicios) presenta categorías para todos los productos que pueden ser objeto de transacciones nacionales o internacionales, o que forman parte de los inventarios.¹⁰⁰

Es de utilidad conocer cómo opera la codificación de bienes en el CPC, utilizado por el SNCP (versión 1.1) en los procedimientos de compra pública. Para ello, como ejemplo, la figura 1 ilustra la clasificación para productos metálicos, maquinaria y equipo a nueve dígitos.

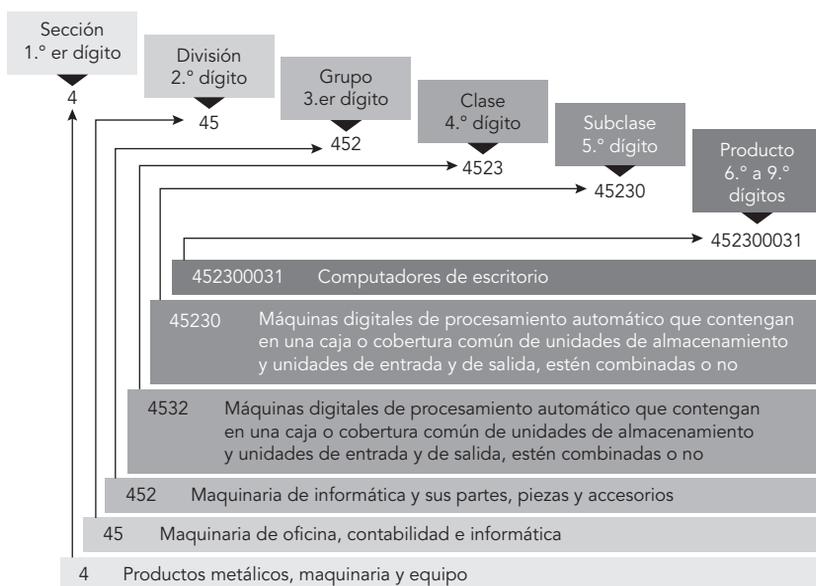


Figura 1: Codificación del CPC para productos metálicos, maquinaria y equipo.
Elaborada por el Sercop

100 Ecuador Inec, «Boletín técnico (IPI-M)», INEC, junio de 2012, 2 y 8, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Economicas/IPI-M/2018/Enero-2018/Boletin_Tecnico_IPI_M_%202018_01.pdf.

Para ampliar la concurrencia e incentivar la mayor participación al momento del registro de los bienes o servicios, los proveedores se registran a nueve dígitos (nivel de producto), sin embargo, las herramientas del sistema están programadas para que la invitación se la haga a cinco dígitos (nivel de subclase), permitiendo de esta manera ampliar la cobertura de posibles interesados en participar. La invitación que cursa el sistema se realiza a través del correo electrónico que ha registrado cada proveedor.

El RUP, a más de contener la identificación y la clasificación de entidades contratantes y de proveedores, también cumple la misión de vincular la demanda pública con la oferta del sector privado para permitir la mayor participación en cumplimiento del principio de libre concurrencia y así dar oportunidad al desarrollo del mercado basado en la leal competencia, brindando la oportunidad de que las entidades contratantes cuenten con el mayor número de ofertantes para escoger a la que —cumpliendo lo exigido en los pliegos— brinde mejores condiciones en términos de costo y calidad.

Esta herramienta contiene la información que permite a los proveedores la habilitación para contratar con el Estado, a saber:

- a) Nombre de la persona natural o jurídica o consorcio.
- b) Representante legal tratándose de personas jurídicas o procurador común si es consorcio.
- c) Registro Único de Contribuyentes.
- d) Requisitos legales como profesión, objeto social, capacidad para contratar, etc.
- e) Sí están habilitados para contratar, en la medida que no se encuentren en una de las inhabilidades especiales o generales que prevé la LOSNCP.

Conforme el art. 18 de la norma legal solo podrá participar en cualquiera de los procedimientos de contratación pública, las entidades contratantes o proveedores que se encuentren registrados y habilitados para contratar, siendo responsabilidad de las entidades contratantes el verificar que —en cada una de las etapas del procedimiento precontractual— los proveedores se encuentren habilitados en el mencionado registro.¹⁰¹

101 Ecuador Sercop, *Resolución n.º RE-SERCOP 052-2011: Procedimiento administrativo del Registro Único de Proveedores (RUP), registro de entidades contratantes y registro de incumplimientos*, 11 de octubre de 2011, art. 1.

En el RUP también se ha previsto la definición de reglas funcionales sobre tamaño y localidad de los proveedores con la finalidad de contar con un registro para aplicar el sistema de preferencias en la contratación de obras, bienes y servicios. En efecto, cuando una entidad crea un procedimiento de contratación en el portal informático se vincula con la información del RUP con el objeto de invitar a los proveedores que se encuentren inscritos en el CPC escogido por la entidad con relación al objeto de la contratación.

La invitación se dirige a los proveedores calificados como mipymes o aepys cuando se aplica la preferencia por tamaño, como en el caso de catálogo dinámico inclusivo y ferias inclusivas. De la misma forma sucede con la discriminación positiva respecto al domicilio cuando existe la preferencia por localidad, esto es, aquella dirigida a que en el procedimiento se cuente solo con proveedores domiciliados en la circunscripción territorial en la que se ejecutará la obra o la provisión de bienes o servicios como en caso de menor cuantía. Al momento de la evaluación de la oferta se aplicarán las preferencias por tamaño, localidad y producción nacional, según corresponda, como se da en la subasta inversa electrónica de bienes y servicios, cotización y licitación de bienes, servicios y obras.

El sistema de preferencia que se aplica en los procedimientos de contratación pública, explicado en la tabla 3, consiste en otorgar hasta quince puntos al momento de evaluar las ofertas a quienes cumplan con las condiciones de contratación preferente, de tal manera que solo estos participantes podrán llegar al máximo total de cien puntos, y quienes no participen de las preferencias (gran empresa) el puntaje máximo de su evaluación será hasta 85 puntos.¹⁰²

102 Andrea Catalina Viteri Álvarez, *Análisis de los márgenes de preferencia aplicados en la Contratación Pública Ecuatoriana* (Quito: Fg impresiones, 2013), 228. «Cuando la adquisición de bienes o la contratación de servicios [...] se realice a través del procedimiento de menor cuantía [...] se debe seleccionar [...] a un micro o pequeño proveedor, artesano o profesional de la localidad. Si no existen proveedores locales que cumplan con estos requisitos, el ámbito de selección se ampliará a la provincia y finalmente a nivel nacional, en ese orden».

Tabla 3: Sistema de preferencias en la contratación pública

Procedimiento de contratación	Objeto de contratación	Parámetros de evaluación preferencial					Puntaje máximo
		Tamaño del proveedor		Ubicación: mypes y aepys locales	Componente nacional ^a	Subcontratación a mypes y aepys ^b	
		Mypes y aepys	Medianas				
Calificación máxima por cumplir estos parámetros (puntaje)							
Subasta inversa electrónica	Bienes y servicios	10	5 ^c	—	5	—	10
Cotización	Bienes y servicios	5	—	5	5	—	15
	Obras	5	—	10	—	—	15
Licitación	Bienes y servicios	—	—	—	10	—	10
	Obras	—	—	—	10	5	15

Fuente: Resolución RE-SERCOP-2014-0000014 de 1 de octubre de 2014

Elaboración propia

Nota: A través del procedimiento de menor cuantía solo se podrá contratar a mypes de la localidad y, si es que no hubiere, de la provincia o el territorio nacional, en ese orden de prioridad.

^a Se refiere a bienes o servicios que acrediten origen ecuatoriano y obras que cumplan con un porcentaje de participación nacional.

^b Este beneficio aplica para proveedores de obras que subcontraten entre el 10 % y máximo el 30 % del monto de la obra a mypes o aepys locales.

^c Si participa una mediana empresa solo se le acreditará 5 puntos, en cambio a las pymes se les acredita 10 puntos.

El art. 55 del COPCI señala que para considerar si una empresa debe ser catalogada como micro, pequeña o mediana se deberá utilizar dos variables: la primera vinculada al número de trabajadores y la segunda con el valor bruto de las ventas anuales. En caso de inconformidad entre las dos variables, el valor bruto sobre las ventas anuales prevalecerá sobre el número de trabajadores.

El art. 106 reformado del *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, expedido mediante Decreto Ejecutivo 757 de 6

de mayo de 2011¹⁰³ ha determinado la cuantificación de las variables según se explica en la tabla 4.

Tabla 4: Variables para calificar el tamaño de las empresas

Tipo de empresa	Variables	
	1: Número de trabajadores	2: Volumen de negocios
Microempresa	1 a 9	Hasta USD 300 000
Pequeña empresa	10 a 49	Entre USD 300 001 y USD 1 000 000
Mediana empresa	50 a 199	Entre USD 1 000 001 y USD 5 000 000
Gran empresa	200 o más	USD 5 000 001 o más

Fuente: Decreto Ejecutivo 757 de 6 de mayo de 2011 y su reforma realizada con Decreto Ejecutivo 218 de 22 de noviembre de 2017

Elaboración propia

Respecto a la preferencia de subcontratación, este mecanismo busca favorecer la contratación de micro y pequeñas empresas (mypes) y aepys exclusivamente en la ejecución de obras que observen el procedimiento de licitación o que se sigan por procedimientos de régimen especial incluso por giro específico del negocio, siempre y cuando el presupuesto referencial corresponda al de licitación de obras.

La preferencia consiste en otorgar hasta cinco puntos a los proveedores que ofrezcan subcontratación con un mínimo del 10 % y hasta el 30 % —monto máximo que permite la LOSNCP— a condición de que se realice con mypes o aepys domiciliados en la localidad que se realizará el proyecto. Obsérvese que en este caso es indispensable el cumplimiento tanto de tamaño como de localidad; y, que tratándose de tamaño se ha eliminado la preferencia para medianas empresas.

El proveedor que mayor porcentaje de subcontratación ofrezca se hará acreedor al máximo puntaje y los demás en forma proporcional,

103 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 617: Reglamento a la estructura de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011, art. 106, reformado con Ecuador, *Decreto Ejecutivo 218*, Registro Oficial 135, Suplemento, 7 diciembre de 2017.

siempre y cuando por lo menos ofrezcan el mínimo previsto, caso contrario no serán favorecidos con puntaje alguno.¹⁰⁴

Las herramientas informáticas PAC y RUP interactúan con el SOCE, en el cual se han desarrollado los procedimientos del régimen común de contratación: a) los procedimientos dinámicos de bienes y servicios normalizados: catálogo electrónico y subasta inversa electrónica; b) si son bienes y servicios no normalizados o ejecución de obra: menor cuantía, cotización y licitación; y c) tratándose de consultoría: contratación directa, lista corta y concurso público.

Los de régimen especial: a) adquisición de fármacos; b) seguridad interna y externa del Estado a cargo de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional; c) actividades de comunicación social; d) la prestación de servicios de asesoría y patrocinio jurídico; e) ejecución de obra artística, literaria o científica; f) adquisición de repuestos o accesorios para mantenimiento de equipos y maquinarias; g) los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo; h) los que celebren el Estado con entidades del sector público, estas entre sí o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en 50 % a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí, a la que denominaré *contratación interadministrativa nacional*; i) los que celebren las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en un 50 % a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la comunidad internacional participen en por lo menos el 50 %, o sus subsidiarias, a la que denomino *contratación interadministrativa internacional*); y, h) contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas.

Por último, los procedimientos especiales: a) contratación integral por precio fijo; b) contrataciones en situaciones de emergencia; c) adquisición de bienes inmuebles; d) arrendamiento de bienes inmuebles; y, otro adicional no clasificado en la ley como procedimiento especial, pero que sí lo hace el art. 67 del reglamento: e) feria inclusiva.

Estableciendo la legislación nacional preferencias a la contratación conforme se ha dejado constancia, al momento de aplicar el ACM estas

104 Ecuador Sercop, *Resolución n.º RE-SERCOP-2013-0000099: Norma de subcontratación de micro y pequeñas empresas y actores de la economía popular y solidaria para la ejecución de rubros de obra*, 26 de julio de 2013, arts. 1-2.

se mantendrán cuando se aplique a procedimientos de catálogo electrónico inclusivo y ferias inclusivas por ser contrataciones destinadas exclusivamente a la participación de mipymes y aepys, y por tanto se encuentran excluidas conforme expresamente lo prevé el anexo XII, apéndice 1, subsección 7, num. 1, lit. b del ACM. Tampoco se aplicará el ACM a los procedimientos de: menor cuantía de bienes, servicios y obras; y, cotización de obras por encontrarse bajo el umbral acordado.

Existe incidencia parcial en los procedimientos de subasta inversa electrónica de bienes y servicios normalizados, cotización de bienes y servicios, y de licitación de obras, por cuanto el umbral afecta en una parte al previsto en la ley nacional. En cambio, habrá incidencia total en el procedimiento de licitación de bienes y servicios por encontrarse dentro del umbral. Estas incidencias se visualizan en la tabla 5.

2. INCIDENCIA DEL ACUERDO EN EL SISTEMA DE PREFERENCIAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

Los sistemas de contratación pública a más de optimizar y transparentar los procedimientos para la adquisición de la demanda pública de obras, bienes y servicios, también tienen por objetivo fortalecer la eficiencia en la administración y en el manejo responsable de los fondos del Estado y reducir los riesgos de malas prácticas o corrupción, para lo que se utiliza la contratación electrónica. En nuestro país todavía no se ha profundizado en mecanismos idóneos de supervisión de la contratación pública que permitan un combate efectivo a malas prácticas y direccionamientos de contrataciones a un determinado proveedor, puesto que contando en este proceso con herramientas electrónicas que facilitan la contratación en tiempos cortos, se vuelve dinámica. Se deben activar nuevas formas de control en tiempo real que permitan lograr no solo el objetivo de que la compra se realice, sino garantizar que el procedimiento observado haya cumplido con normas de transparencia, competitividad y sobre todo respetando el derecho de igualdad, trato justo y no discriminación. Pero esto último —no es materia del presente libro— aunque cada día se vuelve una preocupación más palpable y que debe contar con una solución inmediata y efectiva.

Tabla 5: Incidencia del ACM en los procedimientos de contratación, 2015

Objeto de contratación	Procedimiento	Porcentaje del PGEI ¹ desde el cual se aplica el procedimiento	Monto desde el cual aplica el procedimiento (USD)	Umbrales iniciales		Incidencia del ACM en los procedimientos ²
Bienes y servicios normalizados	Subasta inversa electrónica	Desde el 0,000 000 2 %	A partir de 7 263,42	Go-bierno central	DEG 260 000,00 USD ³ 359 936,20	Parcial
				GAD	DEG 350 000,00 USD 484 529,50	Parcial
	Ínfima cuantía	Hasta el 0,000 000 2 %	Hasta 7 263,42	—	—	No
				Menor cuantía	A partir del 0,000 000 2 % pero menor al 0,000 002 %	Mayor a 7 263,42 pero igual o menor a 72 634,24
Bienes y servicios no normalizados	Cotización	A partir del 0,000 002 % pero menor al 0,000 015 %	Mayor a 72 634,24 pero igual o menor a 544 756,79	Go-bierno central	DEG 260 000,00 USD 359 936,20	Parcial
				GAD	DEG 350 000,00 USD 484 529,50	Parcial
	Licitación	A partir del 0,000 015	Mayor a USD 544 756,79	Empresas públicas	DEG 400 000,00 USD 553 748,00	Parcial
				Go-bierno central	DEG 260 000,00 USD 359 936,20	Total
				GAD	DEG 350 000,00 USD 484 529,50	Total
				Empresas públicas	DEG 400 000,00 USD 553 748,00	Total

Objeto de contratación	Procedimiento	Porcentaje del PGEI ¹ desde el cual se aplica el procedimiento	Monto desde el cual aplica el procedimiento (USD)	Umrales iniciales		Incidencia del ACM en los procedimientos ²
	Menor cuantía	Hasta el 0,000 007 %	Menor a 254 219,83	—	—	No
	Cotización	A partir del 0,000 007 % pero menor al 0,000 03 %	Mayor a 254 219,83 pero menor a 1 089 513,57	—	—	No
Obras				Go- bierno central	DEG 6 000 000,00 USD 8 306 220,00	
	Licitación	A partir del 0,00003 %	Mayor a 1 089 513,57	GAD	DEG 6 000 000,00 USD 8 306 220,00	Parcial
				Empresas públicas	DEG 6 000 000,00 USD 8 306 220,00	

Fuente: ACM y LOSNCP

Elaboración propia

¹ PGEI: Presupuesto General del Estado inicial. En 2015 fue de USD 36 317 119 043,00.

² La incidencia depende del umbral, ya que un determinado procedimiento de contratación se sujetará a la LOSNCP si no llega al umbral acordado; caso contrario deberán seguirse las normas del Acuerdo comercial.

³ Este y los demás valores en dólares son extraoficiales; fueron calculados según la cotización de USD 1,38437 por DEG, vigente al 8 de diciembre de 2015.

Rozenwurcel y Bezchinsky, en la obra *Compras públicas en América Latina y el Caribe: Diagnósticos y desafíos*, señalan que la intervención del Estado en la compra pública se dirige hacia la consecución de tres grandes retos:

En primer lugar, la de lograr una adecuada transparencia de los procedimientos involucrados por vía de mejoras en el sistema de supervisión pública. En segundo término, la de promover una mayor eficiencia en la calidad y costos de los bienes y servicios que debe adquirir el gobierno para desempeñar sus múltiples funciones. Finalmente, la de utilizar su

enorme poder de compra para promover la innovación y el desarrollo empresarial.¹⁰⁵

Para otros autores, la compra pública se vincula inexorablemente a la política pública de escoger al proveedor que mejores condiciones ofrezca a la administración y cumple —de manera adicional— objetivos de protección de la industria nacional y el desarrollo económico del país:

En el caso de las compras públicas es importante explicar cuál es el objetivo que las mismas persiguen. Este podría ser, establecer los mecanismos que permitan seleccionar a los mejores proveedores y generar eficiencia en la asignación del gasto público, sin embargo, este objetivo puede estar en conflicto con otro que tenga como propósito sostener el nivel de actividad y empleo en un cierto sector o que busque defender a algún tipo particular de actor económico. También las compras públicas pueden ser una forma de alcanzar una cierta masa crítica en un determinado sector que tenga interés, por ejemplo, por las opciones de innovación y desarrollo tecnológico asociado al mismo. La forma en que están combinados estos objetivos establecerá el diseño particular que una cierta política de compras pública adopta.¹⁰⁶

En Ecuador el sistema de contratación constituye una poderosa herramienta de gestión de políticas públicas para privilegiar la contratación de bienes y servicios de producción nacional y para la democratización de las adquisiciones, en términos de inclusión social, con el fin de favorecer a través de políticas públicas eficientes la redistribución de la riqueza social, principalmente la de los sectores económicos que tradicionalmente no han estado considerados en la contratación pública, como los micro, pequeños y medianos emprendimientos y los actores pertenecientes a los sectores de la economía popular y solidaria.¹⁰⁷ Esto se encuentra alineado con el objetivo 10.7, «Impulsar la inversión pública y la compra pública como elementos estratégicos del Estado en la transformación de la matriz productiva» del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017.

105 Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky, «Introducción», en *Compras públicas en América Latina y el Caribe: Diagnósticos y desafíos* comp. Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky (Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012), 11.

106 Berlinski et al., «Compras públicas en Sudamérica», 22.

107 Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017* (Quito: SENPLADES, 2013), 304.

Un correcto desempeño de los sistemas de contratación pública es clave para el funcionamiento de una economía y su desarrollo, pues a más de que las contrataciones que efectúa el Estado incluyen una inmensa y variada demanda de bienes y servicios, esta representó en el año 2014 el 8,11 % del PIB nominal que ascendió a USD 101 094 156 318,52. Específicamente debido a esa relevancia social y económica, no se trata simplemente de una cuestión de técnica jurídica, sino que el diseño del sistema de contratación pública implica un importante desafío para el modelo de gestión, intervención y desarrollo estatal.

El SNCP evidencia una consolidación de inclusión de actores económicos. Para el año 2014 se encontraban habilitadas en el RUP 6 604 entidades contratantes y 108 090 proveedores; esto ha permitido cuantificar el ahorro respecto del presupuesto inicial de las contrataciones previstas por las entidades públicas, monto que asciende en el año 2014 a USD 336 751 606.¹⁰⁸ A través de la capacidad normativa del Sercop ha regulado la aplicación de la LOSNCP y los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.¹⁰⁹

La entrada en vigencia de la Ley Reformativa a la LOSNCP (octubre 2013), a través de la cual se creó el Sercop —en lugar del Instituto Nacional de Contratación Pública— con nueva institucionalidad y mayores atribuciones legales, fue realizada para profundizar la compra de la producción nacional y la inclusión social acorde a la norma del art. 288 constitucional que manifiesta: «las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas».¹¹⁰

En el marco de incentivar la producción nacional, la productividad y la competitividad sistémicas, el Sercop ha expedido normativa secundaria obligatoria para que en la contratación pública se consideren

108 Ecuador Sercop, *Informe de labores 2014*, cuadros indicadores.

109 El Sercop emitió cerca de 100 resoluciones desde agosto de 2008 hasta diciembre de 2015; realizó la codificación y actualización de las resoluciones mediante RE-SERCOP-2016-0000072 el 31 de agosto de 2016; hasta el 27 de julio de 2019 existen 27 resoluciones reformativas adicionales a dicha codificación.

110 Ecuador, *Constitución*, art. 288.

criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación por tamaño de las empresas siempre y cuando incorporen producción nacional y, cuando sea aplicable, se favorezca el desarrollo en territorio.

Para el efecto se han creado varios mecanismos para el control del componente nacional agregado en la adquisición de bienes y servicios, así como la determinación de desagregación tecnológica en la ejecución de obras. Estos han sido objeto de variaciones y reformas normativas a nivel de decisiones o resoluciones del Sercop sin que hasta la actualidad hayan sido completamente eficientes, generando más bien, una serie de incertidumbres a los proveedores que les interesa intervenir en el mercado público, puesto que se carece de una metodología que permita al Estado conocer cuál es el real porcentaje de agregado nacional, de forma especial, en la adquisición de bienes y en la ejecución de obra.

Los montos que el Estado invirtió en el año 2014, cerca de USD 8 198 000 000 que estuvieron destinados a la ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios y consultoría. En el año 2013, el valor fue de USD 10 842 826 619, lo que convierte al Estado en el más importante generador de empleo y desarrollo productivo en el país.

En el 2014, de los 99 885 procesos¹¹¹ en los que la herramienta informática identificó el tamaño del proveedor que participó, las mipymes resultaron adjudicadas en 63 442, lo que representa el 63,5 % del total, y con relación al monto de USD 6 897 638 536, que representa el número total en que se puede identificar la preferencia por tamaño, el 61 % ha sido adjudicado a estos sectores, es decir, USD 4 025 739 076.

Como dato relevante que vale resaltar, la relación inversa que existe entre la participación de mipymes y los montos de contratación, mientras más altos son los montos de contratación, menor es la participación de las mipymes.

En la licitación de obras, procedimiento que se sigue cuando los montos son mayores a USD 1 089 513,57, conforme el presupuesto inicial del Estado del año 2014, dado los requisitos de experiencia, patrimonio, material y mano de obra las mipymes, tienen una brecha para cumplir con los requerimientos y en general se termina adjudicando a una empresa grande. Por ello, la importancia de los umbrales de los que depende la apertura al mercado.

111 Ecuador Sercop, *Informe de labores 2014*, 66.

Siendo esta la situación de la compra pública durante el año 2014, el ACM impacta en los mecanismos de preferencia previstos en los arts. 25.1 y 25.2 incorporados por la Ley Orgánica Reformativa a la LOS-NCP. En los procedimientos de contratación a los que aplica el umbral del ACM no se podría incorporar preferencias al contenido nacional ni tampoco favorecer, en términos del tamaño de las empresas que en ellos participan. Los impactos serían los que se detallan en la tabla 6.

Tabla 6: Incidencia del ACM en las preferencias de la LOSNCP para los procedimientos de contratación

Tipo de objeto a contratarse	Procedimientos	Impacto	Preferencias
Bienes y servicios	Subasta inversa electrónica	Relativo	Se mantiene la preferencia en los montos de contratación bajo el umbral. ¹
			En los montos de contratación sobre el umbral no aplican las preferencias de tamaño, localidad y componente nacional
	Menor cuantía	Ninguno	Se mantiene la preferencia; no hay incidencia.
	Cotización	Relativo	Se mantiene la preferencia en los montos de contratación bajo el umbral.
			En los montos de contratación sobre el umbral no aplican las preferencias de tamaño, localidad y componente nacional.
	Licitación	Total	Ausencia de preferencia (componente nacional).
Menor cuantía	Ninguno	Se mantiene la preferencia; no hay incidencia.	
Cotización	Ninguno	Se mantiene la preferencia; no hay incidencia.	
Obras	Licitación	Relativo	Se mantiene la preferencia en los montos de contratación bajo el umbral.
			En los montos de contratación sobre el umbral no aplican las preferencias de componente nacional (participación ecuatoriana mínima) y en subcontratación.

Fuente: ACM y LOSNCP

Elaboración propia

¹ Montos de contratación en DEG a partir de los cuales rigen los términos del ACM.

Estos impactos en el sistema de preferencias respecto al tamaño, producción nacional, preferencia por localidad y subcontratación, así como al proceso tipo de un procedimiento de contratación, los que se encuentran parametrizados en el SOCE, deben ser analizados para establecer las modificaciones en la herramienta de contratación, asuntos que se tratarán a continuación.

3. PORTAL INSTITUCIONAL DEL SNCP: RELACIONES Y ADECUACIONES AL ACUERDO

Debido a que la contratación pública que realizan las entidades públicas ecuatorianas y privadas, en este último caso cuando la compra que se vaya a realizar cuente con más del 50 % de recursos públicos —se ha organizado y desarrolla a través de una herramienta informática electrónica como es el SOCE— resulta evidente que si existen impactos por la vigencia del ACM será en el portal institucional del Sercop donde se deberán efectuar desarrollos informáticos tendentes a adecuar los procedimientos de contratación en los que incida la normativa previstas en el ACM. Estos cambios, a mi criterio, se podrían resumir en lo siguiente:

- El PAC deberá incorporar un mecanismo de identificación automático del monto de contratación con relación al umbral que permita el control de los procedimientos con el fin de diferenciar los procedimientos, cuya invitación será obligatoria realizar a posibles proveedores de origen europeo, de los que no corresponde realizarlos.
- El RUP deberá permitir la participación en procedimientos de contratación pública a proveedores que no se encuentre domiciliados en Ecuador.
- En el RUP se debe discriminar la información relacionada a las mipymes y aepys con la finalidad de que en los procedimientos que corresponda a licitación pública, licitación selectiva o subasta inversa seguidos conforme el ACM —igual o superior al umbral— se desactive las preferencias por tamaño —para mipymes y aepys—, por localidad (proveedores domiciliados en el cantón donde se destina la compra pública), por componente nacional —bienes y servicios de origen ecuatoriano VAE desagregación tecnológica—, y por subcontratación, en este último caso para la licitación de obras conforme la resolución del Sercop.
- Dada la existencia de notas a la subsección que son excepciones con relación a las contrataciones que efectúan las entidades listadas en el apéndice 1, subsecciones 1, 2, y 3, en el RUP se deberá efectuar un desarrollo informático para que dichas entidades contratantes puedan realizar las contrataciones, de los objetos de

contratación que han sido excepcionados, sin la participación de proveedores europeos.

- Para el caso de la nota a la subsección 4, mercancías, en el RUP se deberá realizar un desarrollo informático que permita la contratación de los bienes excepcionados del ACM sin la participación de proveedores europeos.
- Para el caso de la lista positiva de servicios, subsección 5 del apéndice 1, el RUP deberá contar con un desarrollo que permita la invitación a interesados de origen europeo solo en los CPC que fueron aceptados por Ecuador.
- Especial atención habrá que tener con las excepciones generales al ACM previstas en la subsección 7 del apéndice 1 que se contienen en las Notas Generales. Por ello, no habrá modificación en la feria inclusiva y en el catálogo electrónico inclusivo, procedimientos que son destinados a la compra pública con mipymes y aepys, con el especial cuidado que los aepys que participen en los mencionados procedimientos deben ser comparables con las mipymes para poder participar, por lo tanto, se debe incorporar en el RUP un mecanismo informático para hacer equiparable el tamaño de los aepys a los mipymes.
- En ejercicio de la transitoriedad de cinco años acordada, en el sistema deberá conservarse por dicho período la preferencia a la producción nacional en hasta un 40 % del monto del presupuesto referencial del procedimiento de contratación sometido a la participación de posibles oferentes europeos. Por tanto, en estos casos, se mantiene la preferencia aún con la participación de oferentes de origen europeo.
- Con relación tanto a la información sobre contratación pública como para los avisos de contratación pública cubierta, en el sistema deberá direccionarse las contrataciones que cubran el umbral al portal de publicación previsto en el ACM, en el Diario Oficial de la UE.¹¹²
- Se deberán adecuar los plazos previstos para la presentación de la oferta contados desde la publicación del aviso de contratación pública cubierta, parametrizando en el cronograma de los

112 Ver SIMAP: Información sobre contratación pública europea, <http://simap.europa.eu>.

procedimientos, a un mínimo de cuarenta, y, de forma excepcional, diez días para Licitación Pública, mínimo veinticinco y por urgencia diez días en la Licitación Selectiva; y, cinco días mínimo cuando dichos procedimientos acepten la presentación de ofertas por medios electrónicos, asunto este último que todavía no aplica para el SNCP.

- El ACM, una vez ratificado por Ecuador, se incorporará al ordenamiento jurídico ecuatoriano y por lo tanto varios de los procedimientos de régimen especial no podrán efectuarse siguiendo la legislación nacional. En tal sentido, se deberá controlar las herramientas de dicho régimen con relación al umbral, de tal manera que solo podrá realizarse los procedimientos de régimen especial, previstos en el art. 2 de la LOSNCP, cuando las compras estén por debajo del umbral. Se deberá tener especial cuidado en esta parametrización, ya que existe en el régimen especial ecuatoriano casos que están excepcionados o que constituyen casos de contratación directa conforme el ACM, razón por la cual corresponderá analizar cada uno de los casos al momento de la parametrización.

Para visualizar las acciones a tomar en la herramienta de contratación electrónica del Estado, se ha levantado un proceso tipo de contratación (véase anexo 1). Este empieza con la creación que hace la entidad contratante del procedimiento a seguir —subasta, menor cuantía, cotización, licitación—, su interacción con el PAC (herramienta que revisa que la compra esté programada y el monto del presupuesto referencial), con el RUP (para efecto de habilitación del proveedor y realizar la invitación a quienes se encuentren en el CPC objeto de la contratación, a cinco dígitos), con el SOCE la validación de los plazos que se observarán en el procedimiento, el cumplimiento de las etapas de preguntas, respuestas de los interesados en participar, la respuesta y aclaraciones que realicen las entidades contratantes, la presentación de las ofertas, período de convalidación de errores, evaluación de las ofertas —aplicando los criterios de preferencia— y la decisión respectiva que puede ser la de adjudicar o declarar desierto el procedimiento. Este proceso, tratándose de la aplicación del ACM, se vería afectado en los siguientes campos:

- Con respecto al PAC, en los presupuestos referenciales de las compras estatales se debe identificar aquellas que se encuentren

igual o superior al umbral para que el procedimiento que se siga esté acorde con el convenio comercial; debiendo discriminarse el tipo de entidades si es del nivel central, subcentral o empresas públicas y si se trata de bienes, servicios u obras.

- En el RUP se debe efectuar el registro de proveedores europeos no domiciliados en Ecuador, a fin de otorgarles una clave de usuario para que opere el sistema. También permitirá la difusión y direccionará la publicación de los avisos de contratación pública cubierta en el Diario Oficial Europeo.
- Con la clave de usuario el proveedor podrá interactuar con el SOCE y realizar la etapa de preguntas y respuestas, en esta parte no existe modificación que realizar, ni en la presentación de ofertas y convalidación de errores.
- Sobre la evaluación de las ofertas, solo en el procedimiento de subasta inversa electrónica deberá desmontarse la aplicación automática de las preferencias, ya que en los demás procedimientos esta operación no la realiza el sistema de contratación electrónica; sin embargo, habrá que modificar los pliegos de los procedimientos de contratación en los que se establece la preferencia en la etapa de evaluación de las ofertas.
- En la notificación del resultado no hay cambio alguno, salvo en el contenido de la adjudicación que, conforme se ha señalado, debe cumplir con un contenido mínimo.

Para determinar las cifras sobre las posibles incidencias económicas, se ha realizado un cálculo actualizado al año 2014. Se ha discriminado consultoría, ferias inclusivas, servicios no previstos en la lista positiva (seguros), contrataciones interadministrativas, adquisición de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles, asesoría y patrocinio jurídico, comunicación social —por el lapso de 10 años—, obra artística, literaria o científica, que están excluidas del Acuerdo comercial, para tener la cuantificación y porcentaje aproximado de la apertura del mercado de contratación pública ecuatoriana a proveedores europeos.

Para ello se ha tomado la información que el Sercop publicó como *Informe de Labores año 2014* con los montos totales de contratación por tipo de procedimiento y la información de la base de datos del portal institucional.

Tabla 7: Incidencia económica y porcentaje de apertura por procedimiento de contratación, 2014

Procedimiento de contratación	Monto total adjudicado (USD)	Monto de procedimientos sujetos al ACM		Montos que conservan las preferencias de la LOSNCP	
		Monto (USD)	Porcentaje de apertura ¹	Monto (USD)	Porcentaje
Subasta inversa electrónica	1 777 785 133,65	682 381 092,24	38,38 %	1 095 404 041,41	61,60 %
Licitación de obras	604 724 098,70	138 102 986,29	22,84 %	466 621 112,41	77,20 %
Licitación de b/s ²	640 178 752,36	607 063 253,73	94,83 %	33 115 498,63	5,20 %
Cotización de obras	456 940 978,88	0	0,00 %	456 940 978,88	100,00 %
Cotización de b/s	208 087 13,43	29 845 122,50	14,34 %	178 242 014,93	85,70 %
Menor cuantía de obras	364 667 193,04	0	0,00 %	364 667 193,04	100,00 %
Menor cuantía de b/s	105 882 930,93	0	0,00 %	105 882 930,93	100,00 %
Reg. especial de obras	786 329 887,99	451 363.683,56	57,40 %	334 966 204,43	42,60 %
Reg. especial de b/s	2 423 189 609,51	1 110 066 807,03	45,81 %	1 313 393 632,01	54,20 %
Catálogo electrónico	407 203 495,70	0	0,00 %	407 203 495,70	100,00 %
Concurso público	81 633 369,88	0	0,00 %	81 633 369,88	100,00 %
Contratación directa	136 329 369,13	0	0,00 %	136 329 369,13	100,00 %
Lista corta	113 893 742,46	0	0,00 %	113 893 742,46	100,00 %
Licitación de seguros	33 628 369,88	21 964 030,27	65,31 %	11 664 339,61	34,70 %
Ferías inclusivas	57 154 324,40	0	0,00 %	57 154 324,40	100,00 %
Total	8 197 628 393,94	3 040 786 975,62	37,09 %	5 157 112 247,85	62,91 %

Fuente: SOCE

Elaboración propia

Nota: Esta es una nueva simulación de apertura al mercado con datos de 2014, a fin de establecer una comparación con la simulación que se hizo para 2013 (tabla 2).

¹ Porcentaje de apertura al mercado público que proviene de los montos de procedimientos a los cuales aplicaría el Acuerdo comercial conforme la simulación.

² b/s: bienes y servicios

Del total de la contratación pública —que en el año 2014 fue de USD 8 197 628 393,94—, la apertura de mercado al ACM tras aplicar los umbrales temporales acordados será de USD 3 040 786 975,62 que corresponde al 37,09 %. Es decir, las negociaciones efectuadas, en las que se incorporaron excepciones al ACM y umbrales temporales, han sido positivas, puesto que el cálculo aproximado que se efectuó en el 2013 en el marco de las negociaciones ascendía al 58,31 %.

En la tabla 8 se resume la información por el tipo u objeto de contratación, umbrales y agrupando todas las excepciones:

Tabla 8: Simulación de apertura al mercado público por el ACM según el monto total de contratos adjudicados en 2014

	Umbrales ¹	Empresas públicas	GAD	Gobierno central	Obras
	DEG	400 000,00	350 000,00	260 000,00	6 000 000,00
	USD ²	553 748,00	484 529,50	359 936,20	8 306 220,00
Objeto de contratación	Contratación sobre el umbral		Contratación bajo el umbral		Total
	Monto (USD)	Porcentaje del monto total de contratos	Monto (USD)	Porcentaje del monto total de contratos	
Bienes	1 302 707 756,71	15,90 %	1 367 143 382,82	16,70 %	2 669 851 139,53
Servicios	1 126 648 518,79	13,70 %	1 393 652 313,64	17,00 %	2 520 300 832,43
Obras	589 466 669,85	7,19 %	1 623 195 488,76	19,80 %	2 212 662 158,61
Seguros	21 964 030,27	0,27 %	11 664 339,61	0,14 %	33 628 369,88
Exclusiones		0,00 %	761 185 893,49	9,29 %	761 185 893,49
Total	3 040 786 975,62	37,09 %	5 157 112 247,85	62,91 %	8 197 628 393,94

Fuente: SOCE

Elaboración propia

Nota: Esta es una nueva simulación de apertura al mercado con datos de 2014, a fin de establecer una comparación con la simulación que se hizo para 2013 (tabla 2).

¹ Montos de contratación en DEG a partir de los cuales rigen los términos del ACM.

² Valores extraoficiales, calculados según la cotización de USD 1,38437 por DEG, vigente al 8 de diciembre de 2015.

Por último, se incluyen como documento anexo dos esquemas del proceso tipo de contratación y sus posibles modificaciones en el SOCE por las incidencias del ACM. El primero grafica un proceso estándar de contratación y sus interacciones entre entidades contratantes y proveedores con las herramientas del sistema; el segundo, incluye los elementos que deberán modificarse para aplicar el ACM.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto en los capítulos anteriores es posible concluir lo siguiente:

La apertura del mercado de la contratación pública se inscribe en el contexto de las normativas que en las últimas dos décadas se van incorporando en los acuerdos comerciales internacionales¹¹³ por la importancia del Estado como el mayor comprador de bienes y servicios en la economía. En efecto la OMC estima esta participación entre el 10 % y el 15 % del PIB mundial.

La base normativa se encuentra en el ACP, en vigencia desde 1996, y tiene como fundamento la apertura del mercado en términos de libre comercio, la transparencia en los procedimientos de contratación, la aplicación de los principios de no discriminación y trato nacional, al cual se han adherido 45 países (28 son de la UE), ninguno de ellos pertenece a la región de América Latina y El Caribe.

El ACM suscrito entre la UE y la República del Ecuador se basa en la estructura del ACP y en él se han incorporado normas jurídicas que viabilizan la apertura del mercado público; constituye, una limitación

113 Berlinski et al., «Compras públicas en Sudamérica», 27. «Al inicio de la década de 1990 pocos acuerdos incorporaban capítulos sobre compras públicas, pero la tendencia de estos últimos 20 años es el crecimiento en el uso de esta disciplina».

para que sobre los umbrales acordados se continúe aplicando el ordenamiento jurídico nacional en materia de preferencias a la producción nacional y participación de mipymes y aepys.

La legislación nacional de contratación pública operará a plenitud en los procedimientos de contratación pública cuyos presupuestos referenciales estén por debajo del umbral o en aquellos procedimientos cuyo llamado esté dirigido de forma exclusiva a mipymes y aepys, esto último lo considero como un logro en el proceso de negociación.

La temporalidad de cinco años prevista en el ACM se sustenta en el concepto de *trato especial y diferenciado* para los países en desarrollo, por el cual se reconoce la aplicación de un sistema de preferencias y umbrales superiores transitorios; que podría constituirse en una oportunidad para que el país adecue y fortalezca su industria conforme las nuevas reglas de competencia del mercado.

El alcance de la apertura del ACM negociado— si este se hubiera aplicado en el año 2014— habría representado que el 37,09 % de la contratación estatal habría sido informada a la UE y contado con avisos de contratación pública cubierta. No se puede señalar a ciencia cierta de este porcentaje cuántos procedimientos de contratación habrían contado con participación extranjera ni los montos de posibles adjudicaciones, sin embargo, el acuerdo sí fue negociado con una protección del 100 % para las mipymes y los aepys —siempre que sean equiparables por tamaño a mipymes—, sectores importantes en el desarrollo económico y factor determinante en la creación de fuentes de trabajo.

En realidad, la apertura del mercado no es más que la posibilidad de presentación de una oferta por participantes europeos, lo que jurídicamente significa que tendrán el derecho a participar en un procedimiento competitivo de selección, esto es, a que sea considerada y evaluada su oferta. No se trata entonces de la consagración de un derecho a la adjudicación,¹¹⁴ sino de un derecho subjetivo a la participación en igualdad de condiciones que un oferente ecuatoriano.

114 Pablo Oswaldo Dávila C., *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana* (Quito: LCC, 2015), 145. «La adjudicación es la decisión de la máxima autoridad con la que se declara ganador a un proveedor, obligándole a la suscripción del contrato administrativo, finalizando la etapa precontractual».

La afectación está entonces en el origen de los bienes y el desarrollo industrial ya que en caso de resultar adjudicada la oferta, las mercancías o servicios podrán ser extranjeros y desde esa perspectiva se afectaría a la producción y comercialización de los bienes de industria nacional. Por ello, se negoció y está en vigencia un período de transitoriedad de cinco años, en umbrales superiores y en desagregación tecnológica.

El Sercop hasta el tercer trimestre del 2017 no había implementado reglas de participación en los procedimientos de contratación pública que se afectarían por el ACM, omisión que resultaba preocupante porque el Acuerdo comercial se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2017. Sin embargo, durante el año 2018 publicó un manual para la verificación de la cobertura del ACM en la contratación,¹¹⁵ que ese mismo año fue sustituido por la «Guía práctica para la aplicación del “Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra” en las contrataciones de bienes, servicios y obras».¹¹⁶ Este documento es un importante avance porque facilita y da lineamientos para la publicación de los procedimientos sujetos al Acuerdo comercial. No obstante estos avances, el Sercop no ha implementado ninguna solución informática que permita el seguimiento en tiempo real utilizando las herramientas propias del SOCE; este asunto es todavía una tarea pendiente.

El impulso que el SNCP otorgó a la adquisición de compras gubernamentales que incorporen componente nacional en todos los procedimientos de contratación se contrae por la suscripción del ACM, desde esta perspectiva se deberían fortalecer los programas y procedimientos de contratación con participación exclusiva de mipymes y aepys por

115 Ecuador Sercop, «Manual para la verificación de la cobertura del “Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú y Ecuador, por otra” en las contrataciones de bienes, servicios y obras», versión 2.0, *Servicio Nacional de Contratación Pública*, última actualización 27 de marzo de 2018, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/04/Manual_ACMUE_V2_270318.pdf.

116 Ecuador Sercop, «Guía práctica para la aplicación del “Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra” en las contrataciones de bienes, servicios y obras», *Servicio Nacional de Contratación Pública*, julio de 2018, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2018/08/folleto_guiapractica_unioneuropea1.pdf.

medio de ferias inclusivas y catálogo electrónico inclusivo, procedimientos exceptuados del ACM, por lo que tampoco influiría el umbral acordado; más aún cuando estos sectores económicos se caracterizan por ser importantes generadores de empleo, en efecto «[...] estas cumplen un papel fundamental en el mercado laboral ecuatoriano, pues tres de cuatro empleos que existen en el país son generados por este tipo de empresas».¹¹⁷

Los programas destinados a la participación de mipymes y aeyps representaron en el año 2014 apenas la suma de USD 57 154 324,40; sin embargo, constituyen una oportunidad para fortalecer e incrementar el volumen de contratación. Se han adquirido bajo modalidad de ferias inclusivas mobiliario escolar, alimentos, servicios de limpieza y mantenimiento, prendas de vestir (uniformes para el personal del sector público y uniformes escolares), servicios de mantenimiento vial.

El ACM tampoco incide en la contratación que realicen entidades de derecho privado sin fines de lucro como son las fundaciones o corporaciones sujetas al Código Civil, que, si bien están obligadas a observar la LOSNCP en los procedimientos que se financien en más de 50 % de recursos públicos, no tienen la obligación de sujetarse al ACM por no encontrarse listadas en las subsecciones 1, 2 y 3 del apéndice 1.

Al estar excluidos del ámbito de aplicación las compras relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia o las que se realice a personas privadas de la libertad, el catálogo dinámico inclusivo podrá constituirse en una herramienta efectiva de inclusión social y cumplir con que la compra pública continúe siendo una herramienta de política pública e inclusión social.

Es de suma importancia también analizar si el ACM pactado se encuentra acorde a las prescripciones constitucionales, concretamente analizar si se ha observado la priorización a la producción nacional que como criterio para la realización de las compras públicas, prescribe el art. 288 de la Carta fundamental.

Al respecto, en mi criterio, el concepto de trato nacional se entiende como el otorgado por una de las partes a favor de la otra de forma inmediata e incondicional, en virtud del cual las mercancías y servicios

117 Andrés Jorge Arguello, «Las pymes y su aporte al empleo nacional», *Gestión: Economía y Sociedad*, n.º 254 (agosto-septiembre de 2015): 44.

de la otra parte y los proveedores que ofrezcan tales mercancías y servicios recibirían un trato no menos favorable que el otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores,¹¹⁸ es decir, se garantiza la no discriminación de los bienes, servicios o proveedores en virtud de su origen.

Ello implica que tanto las mercaderías y servicios como las personas naturales y jurídicas que los proveen deben ser considerados, a través de una ficción jurídica, como *nacionales* de los países donde se realizará la compra. En efecto, la ficción jurídica como técnica implica que, a través de una norma, en este caso, el convenio internacional que constituye una ley para las partes se da por cierto aquello que permite fundamentar un derecho. Un ejemplo de ello es la existencia de la persona jurídica, a la que no se la puede observar a través de los sentidos, pero existe, y su existencia legal genera derechos y obligaciones.

En el caso del ACM el concepto de trato nacional generaría el derecho a que en Ecuador se consideren como nacionales tanto los bienes y servicios como los proveedores de origen europeo para así constituir el derecho a ser tratados por igual, ya que, si no se lo hace, entonces se los estaría discriminando. En tal virtud, la igualdad de trato estaría acorde al cumplimiento del principio constitucional, puesto que un bien, servicio y proveedor originario de cualquiera de los países que conforman la UE debería ser tratado como si fuera un producto o proveedor ecuatoriano; y, en tal sentido se cumpliría, en mi criterio, con la disposición que contiene la Constitución de la República respecto a que se priorizarán los productos y servicios nacionales en las contrataciones que realice el Estado, esto es, dar una preferencia a las obras, bienes y servicios que proveedores ecuatorianos, y los que sean considerados por trato nacional como tales, puedan ofrecer al Estado ecuatoriano.

Hubiera sido interesante, por decir lo menos, que la Corte Constitucional en el dictamen emitido sobre constitucionalidad del ACM se hubiera pronunciado de forma expresa, sobre si la preferencia a la producción nacional en la contratación pública establecido en el art. 288 constitucional ha sido limitada o excluida por el ACM o las razones jurídicas por las que la Corte consideraría que el ACM no afecta la priorización a la producción nacional que establece la norma

118 Unión Europea, Colombia y Perú, *Acuerdo comercial*, art. 175, num. 1, lits. a y b.

constitucional; sin embargo, no lo hizo; silencio que nos ha privado de conocer un tema sustancial como el que se ha desarrollado a lo largo de este libro.

Como un elemento adicional, se debe conocer que la Corte Constitucional en el dictamen de constitucionalidad sobre el Acuerdo de Asociación Económico Inclusivo entre la República del Ecuador y la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés) de 30 de abril de 2019, ha declarado que «es constitucional, siempre y cuando se establezca una reserva con respecto al Artículo 6.4 del Capítulo 6», es decir, sobre el principio de trato nacional y no discriminación.¹¹⁹

Es decir, la Corte ha dictaminado de forma contraria a lo que hizo con anterioridad, cuando emitió el dictamen de constitucional del Acuerdo comercial con la Unión Europea. Resulta evidente que los acuerdos tanto con la UE como con EFTA son análogos, por tratarse de acuerdos comerciales internacionales y porque prevén regulaciones similares respecto a trato nacional y no discriminación. Sin embargo, en el último caso se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de la pretensión de otorgar a proveedores de otros países igual trato que a los proveedores locales, es decir, ecuatorianos, ya que contraviene el artículo constitucional 288. Esta actual contradicción en el tratamiento de los casos enunciados genera inseguridad jurídica y reservas respecto a la posibilidad de continuar adquiriendo compromisos comerciales

119 Ecuador Corte Constitucional, «Dictamen 2-19-TI/19», *Caso n.º 2-19-TI*, 30 de abril de 2019, Registro Oficial Edición Constitucional 85, 16 de mayo de 2019, disposición 154, lit. a. La Corte en este dictamen también señala: «98. En este sentido, se observa que el Artículo 288 de la Constitución contiene un criterio general que exige la priorización de los productos y servicios nacionales en el marco de la contratación pública en el Ecuador. Al respecto, las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública especifican los criterios que se utilizarán para favorecer a los proveedores locales.

99. Al pretender otorgar a los proveedores de las demás Partes del Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado a los proveedores locales, se contraviene a lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución que exige la priorización de los productos y servicios nacionales. Siendo así, la obligación contenida en el Artículo 6.4 del Acuerdo resulta contraria a la Constitución ecuatoriana.

100. En conclusión, el Capítulo 6, en su artículo 6.4 contiene una disposición inconstitucional. Los demás artículos de este capítulo guardan concordancia con la Constitución».

internacionales que aperturen el mercado público, salvo que la solución pase por una futura reforma constitucional.

Para finalizar, en el contexto de las conclusiones formuladas, se plantean las siguientes recomendaciones:

Se torna urgente iniciar un proceso de capacitación tanto a los funcionarios del Sercop como a los operadores del SNCP sobre la incidencia del ACM en las contrataciones estatales, con el fin de estar preparados al momento en que se decida implementar el Acuerdo comercial. Igual actividad habría que programar con los mipymes y aepys para que se encuentren capacitados frente a la aplicación del ACM.

Resulta indispensable la actualización de las herramientas informáticas PAC, RUP y el SOCE para viabilizar el cumplimiento de las obligaciones acordadas en el ACM para cumplir con los principios de trato nacional, no discriminación y la apertura del mercado de contratación pública.

De igual manera debería preverse la revisión de los pliegos y la codificación y actualización de las resoluciones del Sercop (RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y sus reformas) con el objetivo de que las regulaciones sobre producción nacional, preferencias por tamaño, localidad y subcontratación, en la adquisición de bienes, servicios y obras, según corresponda, se mantengan en los procedimientos cuyos presupuestos referenciales estén bajo el umbral acordado.

Se debería mantener en la herramienta de subasta inversa electrónica el cálculo automático de preferencias cuando el presupuesto referencial de las contrataciones se encuentre bajo el umbral previsto en el ACM, en los demás casos, esto es, cuando las contrataciones se vayan a realizar con un presupuesto igual o superior al umbral, se debería adecuar la herramienta informática para concordarla con el convenio comercial.

Especial atención habría que dar a las contrataciones de régimen especial puesto que convendría discriminar los casos en que se seguirá aplicando la LOSNCP por estar sobre el umbral o por constituir casos excepcionados o que son materia de contratación directa según el ACM; y, los casos en los que aplica el ACM por no estar excepcionados y el presupuesto referencial de la contratación se ubica por sobre el umbral pactado, siendo necesario para tal fin que el Sercop emita resoluciones que faciliten su legal aplicación.

El Sercop —como organismo rector de la contratación pública y autoridad administrativa responsable de resolver las reclamaciones interpuestas en los procedimientos de contratación sujetas al ACM— debería fortalecer su capacidad de control de los procedimientos de contratación; regular su intervención, en sede gubernativa, para la resolución de controversias, especialmente respecto a la capacidad para emitir medidas cautelares que incluye la suspensión de los procedimientos hasta la resolución de las reclamaciones; oportunidad que permitirá robustecer la tutela efectiva de los derechos de los participantes de los procedimientos de contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. «Amenaza de un TLC con la Unión Europea o la Constitución como punto de partida de las relaciones internacionales». En *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre el Ecuador y la UE*, coordinado por Hugo Jácome, 65-92. Quito: Flacso Ecuador, 2012.
- Andes. «Ecuador y la UE cierran acuerdo comercial multipartes tras 4 años de negociaciones». *Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Suramérica Andes*. <http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-union-europea-cierran-acuerdo-comercial-multipartes-tras-cuatro-anos-negociaciones>.
- Arese, Héctor Félix. *Comercio y marketing internacional: Modelo para el diseño estratégico*. Buenos Aires: Norma, 1999.
- Arguello, Andrés Jorge. «Las pymes y su aporte al empleo nacional». *Gestión. Economía y Sociedad*, n.º 254 (agosto-septiembre de 2015): 44-6.
- Benalcázar Bonilla, Luis, y Juan Pablo Aguilar Andrade. *Guía de la contratación pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1993.
- Berlinski, Julio, Natalia Ferreira, Juan Labraga y Marcel Vaillant. «Compras públicas en Sudamérica: ¿Hay espacio para la convergencia de los acuerdos?». En *Compras públicas: Costos beneficio de los procesos de integración regional en el marco de los tratados de libre comercio*, compilado por Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky, 15-104. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2011.
- Carbaugh, Robert J. *Economía internacional*. Ciudad de México: International Thomson Editores, 1999.
- Correa, Rafael. *Ecuador: De banana republic a la no república*. Bogotá: Nomos, 2010.
- Dávila C., Pablo Oswaldo. *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: LLC, 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.
- . *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- . *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Decreto Ejecutivo 7*. Registro Oficial 16, Segundo Suplemento, 16 de junio de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 617: Reglamento a la estructura de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos de fomento productivo, establecidos en el Código*

- Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011.
- *Decreto Ejecutivo 1285*. Registro Oficial 906, Segundo Suplemento, 20 de diciembre de 2016.
 - *Decreto Ejecutivo 1700: Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.
 - *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
 - *Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. Registro Oficial 652, 18 de diciembre de 2015.
 - *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.
 - *Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 100, 14 de octubre de 2013.
 - *Protocolo de adhesión de la República del Ecuador al acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Registro Oficial 853, Suplemento, 2 de enero de 1996.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Resolución: Apruébese el «Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra»*. Registro Oficial 906, Segundo Suplemento, 20 de diciembre de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra*. Registro Oficial 780, Edición Especial, 24 de noviembre de 2016. 17 t.
- *Caso n.º 0015-16-TI: Dispónese la publicación del texto del instrumento internacional «Protocolo de adhesión del Ecuador al acuerdo comercial multipartes con la Unión Europea-Colombia y Perú»*. Registro Oficial 887, Suplemento, 22 de noviembre de 2016.
 - «Dictamen 009-16-DTI-CC». *Caso n.º 0015-16-TI*. Registro Oficial 900, Suplemento, 12 de diciembre de 2016.
 - «Dictamen 2-19-TI/19». *Caso n.º 2-19-TI*. Registro Oficial Edición Constitucional 85, 16 de mayo de 2019.
- Ecuador Inec (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). Ecuador Inec, «Boletín técnico (IPI-M)». *INEC*. Junio de 2012. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Economicas/IPI-M/2018/Enero-2018/Boletin_Tecnico_IPI_M_%202018_01.pdf.
- Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES, 2013.

- Ecuador Sercop (Servicio Nacional de Contratación Pública). «Guía práctica para la aplicación del “Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra” en las contrataciones de bienes, servicios y obras». *Servicio Nacional de Contratación Pública*. Julio de 2018. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2018/08/folleto_guiapractica_unioneuropea1.pdf.
- *Informe de labores 2014*. Quito: Sercop, 2014.
 - «Manual para la verificación de la cobertura del “Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú y Ecuador, por otra” en las contrataciones de bienes, servicios y obras». Versión 2.0. *Servicio Nacional de Contratación Pública*. Última actualización 27 de marzo de 2018. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/04/Manual_ACMUE_V2_270318.pdf.
 - *Resolución n.º RE-SERCOP 052-2011: Procedimiento administrativo del Registro Único de Proveedores RUP, registro de entidades contratantes y registro de incumplimientos*, 11 de octubre de 2011.
 - *Resolución n.º RE-2013-000089: Disposiciones para la priorización de ofertas de bienes, servicios y obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública*, 28 de junio de 2013.
 - *Resolución n.º RE-SERCOP-2013-0000095: Regulaciones con relación a la aplicación, metodología y verificación de cumplimiento de los resultados de los estudios de desagregación tecnológica en la contratación de obras*, 26 de julio de 2013.
 - *Resolución n.º RE-SERCOP-2013-0000099: Norma de subcontratación de micro y pequeñas empresas y actores de la economía popular y solidaria para la ejecución de rubros de obra*, 26 de julio de 2013.
 - *Resolución n.º RE-SERCOP-2015-000025: Reglamento de ferias inclusivas y de catálogo dinámico inclusivo*, 6 de febrero de 2015.
 - *Resolución n.º RE-SERCOP-2016-0000072: Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por del SERCOP*, 31 de agosto de 2016.
- Falconí, Fander. *Con Ecuador por el mundo: La política internacional ecuatoriana*. Quito: Editorial El Conejo, 2010.
- Falconí, Fander, y Julio Oleas. «Implicaciones del posible Acuerdo Multipartes con la UE». En *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre el Ecuador y la UE*, coordinado por Hugo Jácome, 17-64. Quito: Flacso Ecuador, 2012.
- FMI. «Ficha técnica: Derechos especiales de giro». *Fondo Monetario Internacional*. Última actualización 1 de octubre de 2016, <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>.

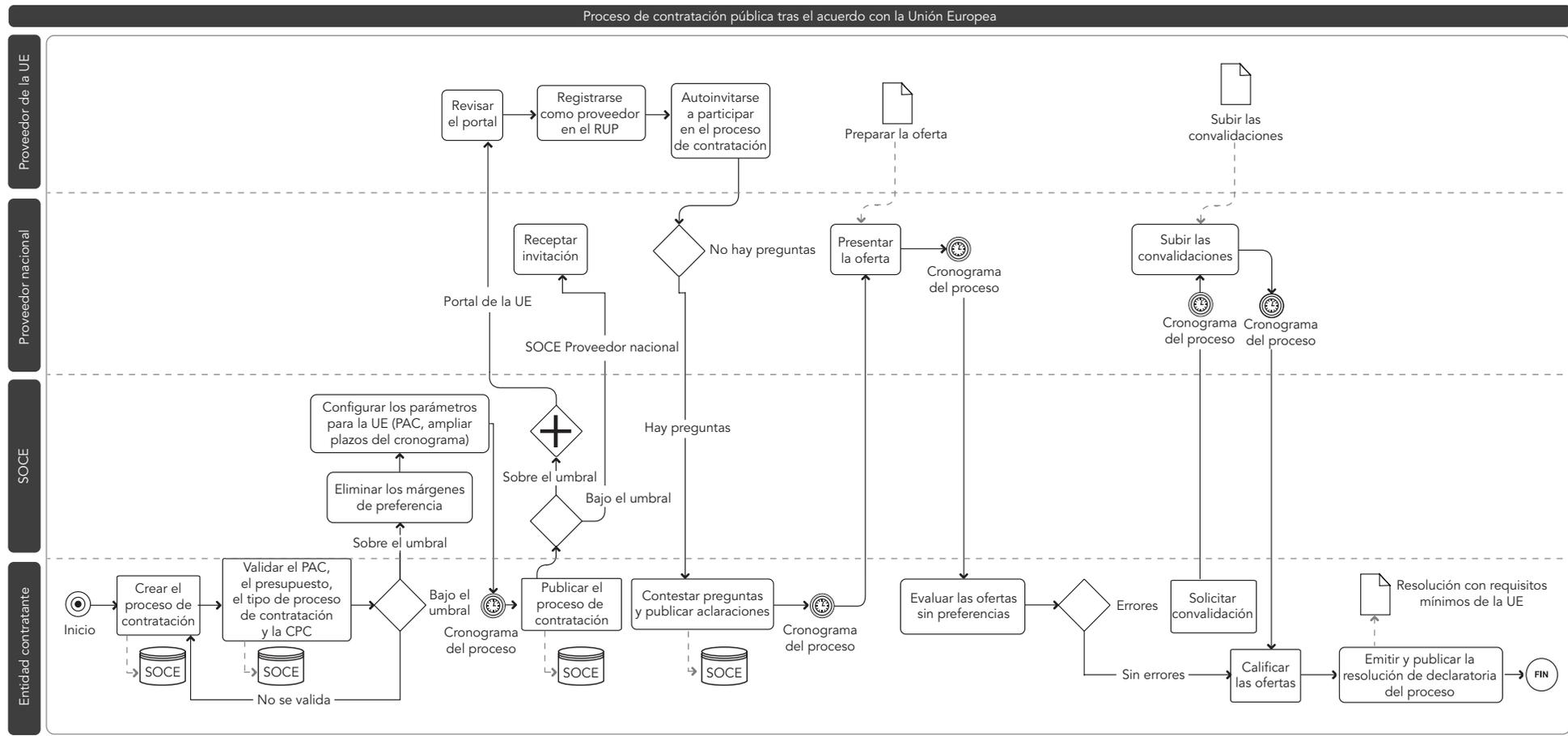
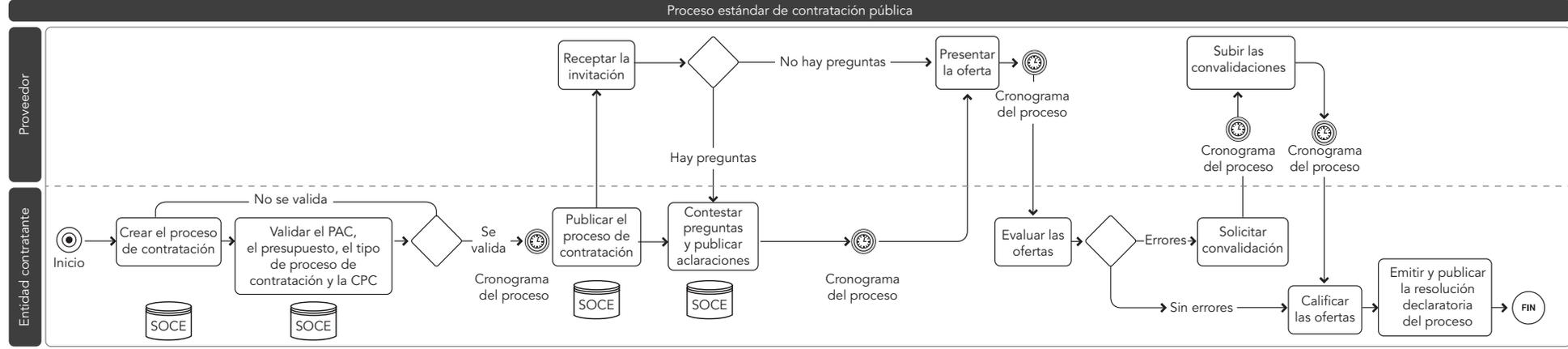
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 2004.
- Jácome, Hugo. «Introducción». En *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*, coordinado por Hugo Jácome, 9-16. Quito: Flacso Ecuador, 2012.
- Larrea Estrada, Fernando. *Elementos del comercio internacional*. Quito: SERTE-CPET, 2013.
- Leví Coral, Michel. «Ecuador-Unión Europea: Lógicas de una negociación inconclusa». *Friedrich Ebert Stiftung*. Septiembre de 2013. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10376.pdf>.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). «Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)». *OCDE*. Accedido 18 de diciembre de 2015. <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>.
- OEA. «Diccionario de términos de comercio». *SICE: Sistema de Información sobre Comercio Exterior*. Accedido 8 de diciembre de 2015, http://www.sice.oas.org/dictionary/SV_s.asp
- OMC (Organización Mundial de Comercio). *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. 15 de abril de 1994. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm.
- *Acuerdo revisado sobre contratación pública*. Adoptado el 30 de marzo de 2012. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm.
- «Acuerdo sobre Contratación Pública». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 18 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.
- «Acuerdo sobre contratación pública: Abrir mercados y promover la buena gobernanza». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 7 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf.
- «La OMC y la contratación pública». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 18 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.
- «La Ronda Uruguay». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 7 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/european_communities_s.htm.
- «La Unión Europea y la OMC». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 10 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/european_communities_s.htm.

- *Lista de clasificación sectorial de los servicios*. MTN.GNS/W/120, 10 de julio de 1991.
- «Los años del GATT: de la Habana a Marrakech». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 7 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm.
- «Miembros y observadores». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 18 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.
- «Valores de umbral establecidos en los anexos 1, 2, 3 del Apéndice I del Acuerdo sobre contratación pública (expresados en DEG)». *Organización Mundial del Comercio*. Accedido 18 de diciembre de 2015. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/thresh_s.htm.
- ONU. «Clasificación central provisional de productos». Informes Estadísticos Serie M, n.º 77. *UNSD. 1992*. https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/Download/In%20Text/CPCprov_Spanish.pdf.
- Rozenwurcel, Guillermo, y Gabriel Bezchinsky. «Introducción». En *Compras públicas en América Latina y el Caribe. Diagnósticos y desafíos*, compilado por Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky, 11-4. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012.
- Sociedad Española de Directivos de la Salud. «Marco Regulatorio Europeo en Contratación Pública». Accedido 22 de noviembre de 2015. <http://sedisasisgloxxi.es/spip.php?article401>. Web desaparecida.
- Unión Europea, Colombia y Perú. *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra*. Diario Oficial de la Unión Europea L 354, 21 de diciembre de 2012. CELEX n.º 22012A1221(01).
- Unión Europea y Ecuador. *Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador*. Diario Oficial de la Unión Europea L 356, 24 de diciembre de 2016. CELEX n.º 22016A1224(01).
- Villagómez, Mentor. «Acuerdo Comercial Multipartes Ecuador-Unión Europea». *AFESE*, n.º 56 (2011): 11-51. <http://eulacfoundation.org/es/system/files/Acuerdo%20comercial%20Ecuador-UE.pdf>.
- Viteri Álvarez, Andrea Catalina. *Análisis de los márgenes de preferencia aplicados en la contratación pública ecuatoriana*. Quito: Fg impresiones, 2013.
- Volosin, Natalia A. “El marco normativo de las compras públicas en América Latina y El Caribe”. En *Compras públicas en América Latina y El Caribe: Diagnósticos y desafíos*, compilado por Guillermo Rozenwurcel y Gabriel

Bezchinsky, 15-70. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012.

XE. «Conversor de Divisas XE». XE. Accedido 7 de diciembre de 2015. <http://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=1&From=USD&To=XDR>.

ANEXO 1: ESQUEMAS DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS POSIBLES MODIFICACIONES



La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar —creada en 1985 por el Parlamento Andino— es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el Gobierno de Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior de Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Centro Andino de Estudios Internacionales y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

244	Alexandra Ruiz, <i>El cumplimiento de las sentencias de acción de protección en Ecuador</i>
245	Diego Jadán, <i>Independencia judicial y poder político en Ecuador</i>
246	Édison Toro, <i>La armonización normativa comunitaria en el constitucionalismo contemporáneo</i>
247	Gonzalo Vargas, <i>Prácticas fotográficas y kitsch latinoamericano en las obras de Miguel Alvear, Marcos López y Nelson Garrido</i>
248	Andrés Cadena, <i>Vaciar el decir: Hacia una poética de Mario Levrero</i>
249	Felipe Bastidas, <i>La construcción de imposibles en Macedonio Fernández</i>
250	Ángela Castillo, <i>Santa Gema y la construcción de la santidad en la representación mediática</i>
251	Alvaro Vélez Tangarife, <i>Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana</i>
252	Andrea Vaca, <i>La figura de delegación en los servicios públicos y en la economía popular y solidaria de Ecuador</i>
253	Tirsa Chindoy, <i>Los kamëntsá y el legado visual de la diócesis de Mocoa-Sibundoy</i>
254	Daniela Solano, <i>Lavado de activos: Ecuador en la mira del GAFI, 2010-2014</i>
255	María Teresa Arteaga, <i>Las cartas de doña Ana Zurita Ochoa: Hacia una subjetividad femenina colonial (Cuenca, siglo XVII)</i>
256	Mirian Amagua, <i>La religión en la narconovela Rosario Tijeras</i>
257	Marcelo Quishpe Bolaños, <i>Educación superior, pueblos indígenas e interculturalidad: La Escuela de Educación y Cultura Andina</i>
258	Mariana Jiménez, <i>Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva</i>

Tras casi cuatro años de negociación, Ecuador cerró el acuerdo comercial con la Unión Europea en 2014. Por primera vez, un instrumento internacional de este tipo establece normas de aplicación obligatoria para la contratación pública nacional. Hasta entonces, el mercado público ecuatoriano se ha regido por normativa local, que incentiva la contratación de productos y servicios nacionales, en especial de mipymes y actores de la economía popular y solidaria (aepys). El objetivo de este trabajo es determinar la incidencia del tratado en las normas jurídicas del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se concluye que el Acuerdo comercial aplica a los procedimientos de contratación pública cubierta, limita las preferencias a la producción nacional y excluye los procedimientos destinados de forma exclusiva a mipymes y aepys. Dada la complejidad de su ejecución, se recomienda adecuar el portal institucional del Sercop a la nueva realidad de apertura del mercado público.

Juan Aguirre Ribadeneira (Quito, 1964) es abogado y doctor en Jurisprudencia (2003) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista en Contratación Pública (2004) y magister en Derecho (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), y especialista en Derecho de la Contratación Pública (2014) por la Universidad de Castilla-La Mancha. Actuó como jefe de la mesa de negociación de compras públicas del Acuerdo comercial. Es profesor contratado de la UASB-E y presidente de la firma de abogados Estudio Diez Consultores.



9789978199756