

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

La contratación pública como sistema

Jorge Luis González Tamayo





Derecho y Sociedad

10

Jorge Luis González Tamayo

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador**



Quito, 2021



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

La contratación pública como sistema

Jorge Luis González Tamayo

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-628-5

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9942-837-49-3

Derechos de autor: 059562

Depósito legal: 006651

Impreso en Ecuador, febrero de 2021

Producción editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones

Shirma Guzmán, asistente editorial

Patricia Mirabá, secretaria

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© 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

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.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, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue elaborado para la obtención del título de doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	9
Abreviaturas, siglas y acrónimos	11
Prólogo	13
Introducción	17

Capítulo 1

PANORAMA HISTÓRICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA 21

Los problemas relacionados con transparencia, eficiencia y apoyo a la producción nacional en la legislación de contratación pública anterior 21

Problemas de transparencia	23
Problemas de eficiencia	28
Problemas sobre políticas de producción nacional	31

Antecedentes para la reforma de la contratación pública ecuatoriana 32

Antecedentes normativos internacionales	32
Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)	32
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	33
Plan Andino de Lucha contra la Corrupción	35

Capítulo 2

EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SNCP): PROBLEMÁTICA JURÍDICA 39

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y la creación del Sistema. Sus componentes 39

Planificación y programación	40
------------------------------	----

Presupuestos	42
Control	44
Administración y ejecución	48
Etapa previa o preparatoria	48
Etapa precontractual o etapa licitatoria	49
Etapa contractual	49
Etapa de ejecución del contrato	49
Etapa de evaluación	50
Principios y objetivos del SNCP	51
Principios y objetivos de la contratación pública	51
Principio de legalidad	52
Principio de trato justo	55
Principio de igualdad	57
a) Consideraciones nacionales	58
b) Consideraciones internacionales	63
Principio de calidad	70
Principio de vigencia tecnológica	73
Principio de oportunidad	74
Principio de concurrencia	75
Principio de transparencia	76
Principio de publicidad	81
Principio de participación nacional y la promoción de la participación de artesanos, profesionales, mipymes con ofertas competitivas	82
a) Compra de inclusión	85
b) Ferias inclusivas	85
c) Contratación preferente	85
La eficiencia y la modernización de la contratación pública	89
El modelo institucional	91
Las facultades del ente rector de compras públicas	93
Facultad reguladora	94
Facultad administradora	97
Facultad de promoción, difusión y formación	99
Facultad ejecutora	102
Facultad de verificación, control preventivo y sanción	104

Facultad resolutive	107
Lo que aprendemos de la comparación	110
Mejoras al modelo ecuatoriano	113

Capítulo 3

**PROCEDIMIENTOS, MECANISMOS
Y HERRAMIENTAS DEL SNCP 115**

Registro de proveedores	115
--------------------------------	-----

El portal electrónico de contrataciones estatales	117
--	-----

Procedimientos de contratación pública: Sus características y objetivos particulares	120
---	-----

Procedimientos de régimen común	120
---------------------------------	-----

Orientación a objetivos	122
-------------------------	-----

Los procedimientos de régimen especial	123
--	-----

Mecanismos de apoyo a la producción nacional y a la promoción de las mipymes	134
---	-----

Mecanismos de apoyo a la producción nacional	134
--	-----

Origen nacional y margen de preferencia	134
---	-----

Verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano	134
--	-----

Desagregación tecnológica	135
---------------------------	-----

Exclusión de participación en consultoría	136
---	-----

Transferencia de tecnología y de conocimiento	136
---	-----

Otras preferencias	136
--------------------	-----

Consideraciones finales sobre los apoyos a la producción nacional	137
---	-----

Mecanismos de apoyo a las mipymes y actores de la EPS	140
---	-----

Consideraciones finales	145
--------------------------------	-----

Bibliografía	157
---------------------	-----

Anexo único	165
--------------------	-----

Procedimientos de la Ley Modelo de la CNUDMI	165
--	-----

A Luis Alberto (†) por enseñarme de persistencia y honestidad.

A Norma por su dedicación y ternura.

A Jorge y Amaranta por ser mi motor de vuelo.

A Diva, mi compañera de viaje.

Abreviaturas, siglas y acrónimos

ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
ACPr	Acuerdo sobre Contratación Pública revisado
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CAN	Comunidad Andina
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CLD	Corporación Latinoamericana para el Desarrollo
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COPYFP	Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
CPCCS	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CRE	Constitución de la República del Ecuador
EPS	Economía Popular y Solidaria
ESAP	Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País
INCOP	Instituto Nacional de Contratación Pública
INEN	Instituto Ecuatoriano de Normalización
LOEP	Ley Orgánica de Empresas Públicas
LOEPS	Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LSEC	Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
MIPE	Micro y pequeñas empresas

Mipymes	Micro, pequeñas y medianas empresas
NMF	Nación más favorecida
OAE	Organismo de Acreditación Ecuatoriano
OEA	Organización de los Estados Americanos
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
RGLOSNCPP	Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
RUP	Registro Único de Proveedores
SFPS	Sector Financiero Popular y Solidario
SERCOP	Servicio Nacional de Contratación Pública
SNCP	Sistema Nacional de Contratación Pública
SOCE	Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano
TED	Trato Especial y Diferenciado
TI	Transparencia Internacional
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación
UEC	Universidad Externado de Colombia

Prólogo

Las compras públicas son tan longevas como el Estado mismo, mas no siempre han sido percibidas desde el derecho y desde los ciudadanos. Como todo lo jurídico, han pasado por un ciclo de crecimiento en busca de la madurez: empezando como una mera actividad de aprovisionamiento y logística, en sus albores; transitando hacia un compendio de procedimientos dentro del derecho administrativo, en una larga etapa intermedia, hasta llegar a considerarse un área estratégica del quehacer público en los tiempos contemporáneos.

Este año está siendo atravesado por una pandemia sin precedentes en la humanidad, y será recordado en la historia por las calamidades sanitarias, sociales y económicas generadas. Este contexto es propicio para entrever la importancia de las compras públicas. La posibilidad de gestionar eficientemente la contratación de insumos y equipos médicos ha sido la diferencia entre la vida y la muerte. Los países que cuentan con sistemas de contratación modernos y eficientes han logrado dar con soluciones y estrategias efectivas de adquisición para mejorar las condiciones de atención sanitaria y la calidad de vida. Otros, han mostrado sus flancos débiles en cuanto a la transparencia e integridad de los procedimientos, especialmente cuando las urgencias requieren actuaciones inmediatas, sin tiempo para mayores procesos y controles.

Grandes titulares de prensa han evidenciado las falencias de las normas y sistemas de contratación pública, que son aprovechadas por funcionarios gubernamentales y empresarios privados empeñados en obtener las mayores ventajas a la sombra del escrutinio público. Nada ejemplifica tanto la importancia de una legislación sólida y bien estructurada en esta materia para los tiempos que vienen. Será la oportunidad de demostrar que las compras públicas constituyen un elemento clave de la gobernabilidad democrática, del cumplimiento de los fines estatales y de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Leer esta obra es conocer las circunstancias de su autor, un abogado que ha intervenido en asuntos públicos y privados, con una marcada vocación de servicio. El primer capítulo refleja aquella época en que lideró el proyecto de reforma legal — que estuvo sobre el tapete por años en Ecuador

y que, por la complejidad de acercar posiciones de múltiples actores públicos y privados, no había podido concretarse—. Por tanto, hace el recorrido por los antecedentes históricos de la legislación, los desafíos que enfrentaba la regulación y el estudio de los referentes normativos internacionales que inspirarían una ley que pretendía cambiar la historia, en un magnífico compendio de las deficiencias que imperaban en su momento. A la vez constituye un memorial para conocer cómo era la contratación pública hasta 2008 y contrastar con el presente y el futuro.

El segundo capítulo abre el debate en temas trascendentes: un primer bloque realiza el acercamiento sistémico de las compras gubernamentales, un eje que articula planificación, presupuestos, procedimientos, control, contratos y ejecución contractual y evaluación de resultados, todo esto atravesado por los fines y objetivos estratégicos identificados en la legislación: simplificación, modernidad, legalidad, igualdad, calidad, concurrencia, transparencia, apoyo a la producción nacional, a las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), entre otros. Son relevantes también las contraposiciones ideológico-normativas que trae a esta discusión, sobre modelos de competencia abierta versus otros, como el ecuatoriano, de corte proteccionista hacia la producción nacional y actores económicos vulnerables. La gran experiencia internacional de González le permite tener una visión más holística de esta problemática que no puede ser estudiada desde una perspectiva meramente local.

Otro aspecto sobresaliente es el tratamiento de los modelos institucionales de rectoría de las compras públicas. Desentrañar cuáles son sus facultades y competencias con fines de regulación del mercado público es un debate jurídico casi intocado en la doctrina de esta materia, de allí el valor de las páginas dedicadas a este análisis y las conclusiones a las que arriba desde la comparación de los modelos de los principales referentes latinoamericanos.

El autor trasmite su preocupación por los asuntos institucionales y por el desarrollo de los mecanismos y herramientas sistémicos —que se muestran en el tercer capítulo—, originados en las épocas en que fue el primer director de la institución rectora de las compras públicas de Ecuador, cuando tuvo que lidiar con la articulación de una nueva estructura organizacional, la construcción de canales de relacionamiento jurídico administrativo con otros actores, un marco regulatorio de normas secundarias que permitieran el funcionamiento armónico del sistema y la generación de una serie de mecanismos y herramientas tecnológicas que constituyen la plataforma del mercado de oferta y demanda de bienes y servicios que requiere el Estado para cumplir sus fines.

Esta obra está escrita con claridad y sutileza, no obstante la aridez y complejidad de la materia que trata; es una demostración de solvencia y rigurosidad en el conocimiento del ámbito jurídico estudiado, así como de agudeza en el análisis y de un pensamiento crítico innovador.

Debo dejar constancia de la gratitud que siento hacia Jorge Luis por su coherencia y ejemplo de vida; por ser un intelectual comprometido con la sociedad, y por este trabajo que me enorgullece haber podido guiar y prologar. Es gracias a estas obras que el Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, mantiene su imprescindible vínculo con la construcción de una teoría crítica desde Latinoamérica, que refleja el rigor con el que selecciona y forma sus estudiantes.

Claudia Storini

Quito, 23 de agosto de 2020

Introducción

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

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

En cuanto a la transparencia, se entiende que mientras menos información disponible exista, más actuaciones arbitrarias se producen y, por lo tanto, las posibilidades de corrupción aumentan. Asimismo, en la medida que menos personas puedan acceder a los concursos de contratación pública, más posibilidades existen de que se produzcan acciones reñidas con la transparencia. Por ello, este eje ha sido fundamental para impulsar sistemas que coadyuven a eliminar los secretismos en la contratación estatal. La necesidad de mejorar la transparencia ha sido impulsada por organismos de anticorrupción, sobre todo de la sociedad civil, sin perjuicio de algunos estatales e internacionales. Además, como se verá, los Estados han suscrito varias convenciones relacionadas con este tema.

Una tercera vertiente pone énfasis en la aplicación de políticas públicas dentro de esta materia, tomando en cuenta la gran cantidad de recursos que cada año se inyectan en las economías a través de los contratos de gobierno. De allí que muchos países articulen sus legislaciones en torno al apoyo a productos nacionales o a mipymes, para generar más oportunidades de crecimiento e innovación.

Sobre estos aspectos se refiere la Organización Mundial del Comercio (OMC) de la siguiente manera:

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.¹

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

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

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

Asimismo, los conceptos de sostenibilidad ambiental, social y económica están en auge, con la finalidad de incorporar criterios de sustentabilidad en las contrataciones de los Estados, en atención a su gran capacidad

1 Organización Mundial del Comercio (OMC), "Definición de contratación pública", accedido julio de 2019, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.

de incidir sobre las conductas relacionadas con la producción, consumo y disposición de productos, muchas veces reñidas con el ambiente o el respeto a derechos sociales. Importantes organizaciones internacionales como la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD),² el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA),³ sistemas de integración como la Unión Europea⁴ y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR),⁵ así como varios países de la región tales como: Argentina,⁶ Chile,⁷ Colombia,⁸ Costa Rica,⁹ Paraguay,¹⁰ entre otros, cuentan con guías o manuales relacionadas con políticas de compras públicas sustentables.

Finalmente, otra vertiente que estimula la adopción de sistemas de contratación pública modernos, transparentes y competitivos, son los compromisos adoptados por los países desarrollados y en desarrollo, así como por las instituciones para el desarrollo multilateral y bilateral, que se recogieron en la denominada “Declaración de París sobre la eficacia de la ayuda al desarrollo” de marzo de 2005 y, posteriormente, en el “Programa de Acción de Accra”, de septiembre de 2008.¹¹ Uno de los compromisos de las instituciones donantes (banca multilateral) es utilizar progresivamente los sistemas nacionales de compras públicas en reemplazo de sus

2 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Green Public Procurement”, accedido julio 2019, <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/>.

3 PNUMA es la organización del Sistema Naciones Unidas que lleva adelante programas de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, dentro de los cuales, el Objetivo 12.7 se refiere a promover prácticas de contratación pública sustentables, de acuerdo a las prioridades y políticas nacionales. Organización de las Naciones Unidas (ONU), PNUMA, accedido julio 2019, <https://www.unenvironment.org/explore-topics/sustainable-development-goals/why-do-sustainable-development-goals-matter/goal-12>.

4 Unión Europea, *Manual de contratación pública ecológica de Europa 2016*, accedido julio de 2019, http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf.

5 MERCOSUR, “Compras públicas sustentables”, accedido julio de 2019, <http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>.

6 Argentina, “Compras públicas sostenibles”, accedido julio 2019, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_compras_publicas_sostenibles_0.pdf.

7 ChileCompra, “Compras públicas sustentables”, accedido julio de 2019, <https://www.chilecompra.cl/2016/11/directiva-n25/>.

8 Colombia, “Compras públicas sustentables”, accedido julio 2019, <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/155-plantilla-asuntos-%20ambientales-y-sectorial-y-urbana-8.#documentos-estrat%C3%A9gicos>.

9 Costa Rica, *Política Nacional de Compras Públicas Sustentables y Creación del Comité Directivo Nacional de Compras Sustentables*, Gaceta 239, 27 de enero de 2015, accedido julio de 2019, http://www.digecca.go.cr/sites/default/files/de_39310_politica_nal_compras_publicas_sustentables-creacion_comite.pdf.

10 Paraguay, “Compras públicas sustentables”, accedido julio de 2019, <https://www.contrataciones.gov.py/dncp/compras-publicas-sustentables.html>.

11 OECD, “Compras públicas sustentables”, accedido julio de 2019, <https://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf>.

políticas de adquisiciones en la ejecución de los proyectos que financian, cuando los países hayan implementado modelos y procesos con estándares internacionales. Por ello, se han desarrollado metodologías para realizar evaluaciones al funcionamiento del esquema país de contratación pública.¹²

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

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

En esa dirección, el presente trabajo busca exponer el panorama general de sus fundamentos y objetivos, tomando a Ecuador como referente del análisis. Para el Estado ecuatoriano, tres son los pilares que más peso tuvieron en el diseño y construcción de su sistema: transparencia, eficiencia y apoyo a la producción nacional, incluyéndose en este aspecto la promoción a las mipymes, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria (EPS).

12 Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS) es comúnmente aplicada como estándar de prácticas internacionalmente aceptadas. MAPS, "The MAPS Analytical Framework", accedido julio de 2019, <http://www.mapsinitiative.org/>.

Capítulo 1

PANORAMA HISTÓRICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

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

Uno de los problemas con que nos encontramos al hacer una mirada retrospectiva de la legislación ecuatoriana sobre contratación pública es la gran dispersión normativa que existía. Dos leyes que podríamos definir principales: la Ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría, a más de otras con carácter de “especiales”,¹³ y un marcado número de normas secundarias, pululaban en el panorama nacional.

La Ley de Contratación Pública¹⁴ no previó nunca objetivos, políticas ni un tratamiento sistémico que estableciera interrelaciones entre distintos actores que juegan roles en la contratación pública. De su parte, la Ley de Consultoría¹⁵ era una norma con contenidos más conceptuales.¹⁶

13 Muchas de ellas se expidieron para exonerar del régimen de contratación pública a contrataciones concretas, tales como la *Ley de exoneración de licitación del puente del río Babahoyo*, Registro Oficial 509, 22 de agosto de 1994; *Ley Especial de Contratación del Congreso*, Registro Oficial 351, Suplemento, 1 de julio de 1998; o la *Ley de exoneración de licitación del puente del río Quevedo en Mocache*, Registro Oficial 246, 3 de agosto de 1993.

14 Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial 501, 16 de agosto de 1990. A su vez, su codificación se publicó en el Registro Oficial 272, 22 de febrero de 2001.

15 Ecuador, *Ley de Consultoría*, Registro Oficial 136, 24 de febrero de 1989. Su codificación fue publicada en el Registro Oficial 455, 5 de noviembre de 2004. Reformada por la *Ley 90*, Registro Oficial 493-S, 3 de agosto de 1990 y *Ley 4*, Registro Oficial 34-S, 13 de marzo de 2000.

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

A diferencia de la Ley de Contratación Pública, esta última no era una mera recopilación procedimental, pues tenía contenidos de fondo y de política, como son las definiciones y regulaciones sobre la consultoría y su ejercicio,¹⁷ la preferencia a la consultoría nacional,¹⁸ el establecimiento de una institucionalidad¹⁹ y de un fondo para el fomento y desarrollo de la actividad.²⁰

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

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

La primera evaluación a la que se hará referencia es la denominada “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador” (enero 2002), trabajo elaborado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), en su calidad de capítulo Ecuador de la organización Transparencia Internacional (TI), para lo cual se siguió una metodología uniforme de aplicación previa en otros países de la región.²¹ Otra evaluación internacional que sirve de base a esta parte de la investigación es la realizada en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) en el año 2006.²² Finalmente, un tercer documento es la actualización de la Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País (ESAP), también del año 2006, realizado a instancias del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).²³

17 Ecuador, *Ley de Consultoría*, arts. 1-6.

18 *Ibíd.*, art. 8.

19 *Ibíd.*, arts. 31-33.

20 *Ibíd.*, arts. 36-37.

21 Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador”, accedido julio 2012, http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion.

22 Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), “República del Ecuador. Informe final” (aprobado en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2006), *Décima Reunión del Comité de Expertos*, 11 al 16 diciembre de 2006, Washington DC, accedido agosto de 2019, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_ecu.pdf.

Ibíd., 10-23.

23 Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, “Actualización del Informe de evaluación de adquisiciones del país (CPAR): Informe de evaluación del sistema de adquisiciones del país (ESAP): Actualización”, junio de 2006, <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/510771468763201724/Reporte-de-evaluacion-del-sistema-de-adquisiciones-del-PAIS-ESAP-actualizacion>.

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

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

Problemas de transparencia

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

Si bien existía un portal informativo: Contratanet, su uso no era obligatorio fuera del ámbito de la función ejecutiva. A más de ello, con soporte en el informe CLD, se afirma que el sistema electrónico tenía vacíos y no podía ser utilizado como medio de control y fuente de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se reclama la posibilidad de realizar procesos participativos en las definiciones sobre contrataciones de gran alcance, y en discutir las reglas de los procedimientos de selección. La realización de audiencias públicas o foros públicos para escuchar opiniones o recomendaciones ciudadanas se consideran necesarias.

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

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

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

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

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

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

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

En los casos de adjudicación de contratos mediante licitación pública o concurso público, esta se hace sobre la base de la oferta que mejor convenga a los intereses nacionales e institucionales, sin que se determine el alcance de la conveniencia, lo que puede hacer que la decisión se aparte de criterios económicos. Además, existe ausencia de criterios para la adjudicación de contratos que no están sujetos a licitación pública o concurso, que se rigen bajo leyes especiales y los que están exceptuados o excluidos de las leyes de contratación pública y consultoría.

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Procesos de decisión en licitaciones que asignan "puntuación" a la calidad de lo ofertado	CLD-TI

Este factor apunta a la posibilidad de uso discrecional de puntajes y valoraciones a determinadas características técnicas de una oferta, que al

final van a primar sobre la parte económica, y que pueden favorecer a uno o pocos oferentes participantes. Se propone una evaluación de requisitos técnicos sin puntaje, por el riesgo de que puedan transformarse en valoraciones subjetivas.

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

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

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

Es obvio el riesgo de manipulación por esta causa, al tener implícita la posibilidad de que algún oferente tenga información privilegiada de antemano respecto de los cambios, y el resto no tengan tiempo suficiente para adaptar sus propuestas. Las preguntas que pueden realizar algunos oferentes y que pueden incidir en cambios de reglas de juego, no se pueden conocer por todos.

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

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

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

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

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

No existen mecanismos que proporcionen capacidad de seguimiento de la ejecución de los contratos a la sociedad civil y agentes de control estatal. Tampoco están totalmente abiertos al público todos los documentos relacionados a un proceso de contratación pública. El Estado debe tener interés en crear y mantener mecanismos que permitan a los ciudadanos estar debidamente enterados de los procesos de contratación pública en todas sus fases.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dado que la corrupción en contratación pública es bilateral: funcionario público y proveedor, el que ofrece y el que acepta; es indispensable que la normativa contemple sanciones para los infractores, y que además sean de aplicación expedita. Las garantías que se exigen para seriedad de oferta y fiel cumplimiento del contrato no son de idónea calidad.

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

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

Problemas de eficiencia

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

Esta entidad deberá promover la formulación de información y estadísticas, desarrollar procedimientos estandarizados, promover la capacitación y profesionalización de los funcionarios públicos a cargo de estos procedimientos, desarrollar un registro de proveedores, mantener una lista

de precios unitarios y planificar la contratación pública con una visión de desarrollo social.

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

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

<i>Problemática</i>	<i>Informe</i>
Lentitud en desarrollo de Contratanet	ESAP

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No existen bancos de datos constantemente actualizados y de acceso público, sobre la calidad y los costos de los servicios y productos adquiridos. Igualmente estas bases de datos deberían estar interconectadas para permitir comparaciones entre precio y calidad en contrataciones realizadas por diferentes órganos. Las estadísticas de las licitaciones son esenciales para el control financiero y de calidad y para la vigilancia ciudadana.

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

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

Problemas sobre políticas de producción nacional

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

Existe consenso e iniciativas sobre reformas para contar con un sistema global de adquisiciones moderno, pero no se cuenta con una visión

de largo plazo y un marco conceptual coherente que definan objetivos de política de desarrollo social y económico.

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

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

Antecedentes para la reforma de la contratación pública ecuatoriana

Antecedentes normativos internacionales

En este acápite se estudiarán las normas internacionales que constituyeron precedentes directos para la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)²⁴

Fue suscrita en el marco de la OEA tiene como objetivo promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte con el fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.²⁵

En materia de contratación pública, los Estados parte convienen en aplicar medidas relacionadas con creación de sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.²⁶

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

24 Organización de Estados Americanos (OEA), Departamento de Derecho Internacional, *Convención Interamericana contra la Corrupción*, Registro Oficial 153, Suplemento, 25 de noviembre de 2005, accedido julio de 2019, <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>. Fue otorgada el 29 de marzo de 1996, ratificada mediante *Decreto Ejecutivo 336*, Registro Oficial 125, 21 de julio de 2000.

25 *Ibid.*, art. II.

26 *Ibid.*, art. III, num. 5.

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

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta convención²⁷ trata extensamente algunos tópicos para prevenir o combatir la corrupción. Dado el alto grado de incidencia de la corrupción en materia de contratación pública, en su art. 9 establece las siguientes prescripciones:

1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:
 - a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
 - b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección, adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
 - c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
 - d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; y,

²⁷ Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Registro Oficial 166, Suplemento, 15 de diciembre de 2005, accedido julio de 2019, http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Fue otorgada el 28 de noviembre de 2005, ratificada mediante *Decreto Ejecutivo 340*; Registro Oficial 76, 5 de agosto de 2005.

- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

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

Dos principios: publicidad y oportunidad, se mencionan como sustanciales para alcanzar transparencia en la contratación pública. Antes de la gran reforma de 2008, no existía una adecuada publicidad por no contarse con un medio único y oficial de registro de actores y de difusión de información, y por tanto, quedaba a expensas de invitaciones o convocatorias en medios tradicionales (fundamentalmente publicaciones en periódicos) que en la práctica llegaban de forma limitada a los participantes potenciales.

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

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

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

Plan Andino de Lucha contra la Corrupción

Mediante Decisión 668, de 13 de junio de 2007, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó el “Plan Andino de Lucha contra la Corrupción”,²⁸ cuyo objetivo general es el siguiente:

Promover el establecimiento de políticas, estrategias, metas y mecanismos para aumentar la eficacia y eficiencia en la lucha contra la corrupción que realizan los países miembros de la Comunidad Andina, a través de acciones de cooperación, en el marco de las legislaciones nacionales y de las convenciones internacionales sobre la materia, con el fin de compatibilizar la normativa de los países miembros, en aquellos casos que su ordenamiento jurídico interno lo permita, y adoptar estrategias comunes para coadyuvar a la erradicación de prácticas y delitos de corrupción en el ámbito comunitario, mediante la prevención, investigación, sanción de estos y, cuando proceda, la recuperación de activos.²⁹

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

Contratación pública³⁰

1. Impulsar la realización de estudios sobre las legislaciones y procedimientos nacionales de contratación pública, con base en los documentos generados dentro del MESICIC que lo estableció como tema de interés colectivo en su 1.ª Ronda de Análisis.
2. Promover la aplicación de esquemas de competencia transparentes en todos los ámbitos de contratación pública, sin excepciones de montos, instituciones o situaciones de emergencia y otros mecanismos para democratizar la participación de empresas y particulares en los procesos de contratación pública.
3. Impulsar la elaboración y aplicación de sistemas nacionales de precios de referencia o precios testigos, así como la armonización nacional de estructuras de costos y bases de contratación a partir de los cuales las instituciones públicas sustentan sus procesos de contratación y ejecución de obras públicas.

28 Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Plan Andino de Lucha contra la Corrupción*, Decisión 668, 13 de junio de 2007, accedido julio de 2019, <http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC668s.doc>. Según el art. 17 del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), las Decisiones forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y por tanto, son vinculantes para los países.

29 *Ibíd.*, anexo I, acápite I.

30 *Ibíd.*, contratación pública.

4. Promover el fortalecimiento de la aplicación de sistemas públicos de difusión de procesos de contratación, sus ejecutores y antecedentes de cumplimiento, a través de medios de información tales como: informáticos, impresos, murales, en el ámbito de todas las instituciones estatales.
5. Impulsar la especial supervisión de contratos públicos en áreas de gran impacto, dentro de un esquema de focalización de acciones de control y verificación de los resultados logrados.
6. Promover mecanismos de participación ciudadana para garantizar la transparencia en los procesos de selección y a la vez la correcta y adecuada destinación e inversión de los recursos públicos.

Como se puede apreciar, existe también preocupación en el ámbito de la Comunidad Andina (CAN) respecto a temas de contratación con el Estado. Este plan propone la realización de estudios respecto al mecanismo de seguimiento de la CICC, el denominado MESICIC, ya anteriormente referido.

Llama la atención que, con un excesivo celo por promover la competencia como mecanismo de transparencia, se diga que esta debe estar presente aun en situaciones de emergencia, con lo que no concordamos del todo, pues frente a una situación que implique catástrofe, conmoción interna o externa, alteración del orden público, todo con características de imprevisibilidad, se debe actuar de inmediato, lo que resulta incompatible con la realización de procedimientos ordinarios. Asimismo, la competencia abierta sin miramientos de montos de contratación tampoco es recomendable en ciertos casos en que, por cuantías relativamente bajas, no se hace necesario hacer licitaciones que impliquen calificar significativo número de ofertas, con el consecuente atentado a la eficacia del procedimiento de selección.

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

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

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

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

Capítulo 2

EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SNCP): PROBLEMÁTICA JURÍDICA

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y la creación del Sistema.

Sus componentes

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

Se entiende por sistema al conjunto de elementos relacionados íntimamente entre sí para alcanzar un objetivo. También se considera un objeto compuesto donde, alguno o algunos de sus componentes se relacionan con al menos algún otro componente. En definitiva, un sistema implica una construcción arquitectónica, ordenada, lógica y coherente, que articula las partes y coordina sus interrelaciones de manera dinámica y resiliente para garantizar su funcionamiento orientado a finalidades específicas. También en el ámbito jurídico el concepto de sistema es pasible de aplicación, según lo explica Dromi: “Esto es aplicable también al *conocimiento del derecho*, en tanto objeto propio de la ciencia jurídica, comprensivo tanto de la *teoría* como de la *praxis*. La función del sistema es, en este caso, *identificar, categorizar y ordenar los elementos* axiológicos, ontológicos, gnoseológicos y hermenéuticos del derecho”.³¹

Y más adelante concluye:

En síntesis, un sistema es una forma de *totalidad* sin ser estrictamente un todo, o de *organización*, sin ser necesariamente un organismo. Se comprende entonces que la ciencia del Derecho, en tanto se organiza como sistema, presente características y elementos propios, sobre la base de fundamentos que justifiquen las relaciones de semejanza y diferencia entre sus contenidos, en una unidad dinámica.³²

31 Roberto Dromi, *Sistema y valores administrativos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 15.

32 *Ibid.*, 22.

Bajo esas premisas, la LOSNCP³³ define al SNCP de la siguiente forma:

Artículo 7.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta ley.

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

Asimismo, la LOSNCP prevé que formen parte del sistema todas las instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública.³⁴

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

Planificación y programación

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

Las normas de derecho público expedidas a partir de la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador³⁵ (CRE) son muy prolíferas en propiciar una gestión pública con planificación. Esto configura un marco conceptual que orienta a que todo programa, proyecto u acción ordinaria del gobierno —y por ende la contratación pública— deba planificarse, orientarse a objetivos y programarse en el tiempo.

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

33 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 7.

34 *Ibid.*, art. 8.

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

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

Inclusive, la CRE estatuye que la planificación debe alcanzar todos los niveles del régimen descentralizado autónomo, así, el Estado central tiene competencia sobre la planificación nacional; los gobiernos regionales autónomos, sobre la planificación del desarrollo regional; los gobiernos provinciales, sobre la planificación del desarrollo provincial; los gobiernos municipales, la planificación del desarrollo cantonal, especialmente la infraestructura física, los equipamientos de salud y educación y los espacios públicos; los gobiernos parroquiales rurales, sobre el desarrollo parroquial, infraestructura física, espacios públicos y vialidad parroquial. Esta asignación de roles da importantes pautas para la planificación de contrataciones públicas, pues señala inclusive áreas temáticas de intervención.³⁶

En desarrollo del marco constitucional anteriormente indicado, se expidió el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPYFP),³⁷ cuyo cometido general es vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas y así, regular el ejercicio de las competencias de planificación y de políticas públicas en los distintos niveles de gobierno, en busca de articulación y coordinación.³⁸ Teniendo presente la importancia de la planificación, su vinculación con los aspectos presupuestarios es vital para garantizar una ejecución eficiente del gasto público, que en buena medida se traduce en contrataciones públicas. En esa línea, uno de sus principios es la sujeción a la planificación³⁹ y el elemento central en materia de planificación es el Plan Nacional de Desarrollo.⁴⁰

Ahora bien, ¿por qué es importante relacionar la planificación de los contratos estatales con la planificación nacional? Porque los planes de

36 Las normas constitucionales sobre planificación que se han tomado en cuenta para este análisis están contenidas en el siguiente articulado: art. 3, num. 5; art. 147, num. 4; art. 241; art. 261, num. 4; art. 262, num. 1; art. 263, num. 1; art. 264, nums. 1 y 7; art. 267, nums. 1, 2 y 3; art. 275; art. 277, num. 2; art. 278, num. 1; art. 279; arts. 280 y 293.

37 Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPYFP)*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.

38 *Ibíd.*, arts. 1 y 3.

39 *Ibíd.*, art. 5, num. 1.

40 *Ibíd.*, art. 34.

adquisiciones no son sino el reflejo, o más precisamente, la concreción de los planes nacionales, regionales o institucionales.

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

Además de lo señalado, otros beneficios de los planes de contrataciones son posibilitar una ejecución presupuestaria ordenada y programada, anticipar a los proveedores la demanda pública anual para que preparen su oferta, servir como guía y elemento de análisis para el re denominado por la reforma de octubre de 2013 como Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) —originalmente Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP)— el cual, conociendo la recurrencia de los requerimientos contractuales, podrá realizar convenios marco con proveedores,⁴¹ propiciar compras corporativas,⁴² identificar oportunidades para artesanos o microproveedores y realizar ferias inclusivas,⁴³ entre otros aspectos. Asimismo, podrá convertirse en un importante elemento de control de la gestión pública. Un buen ejecutor sabe planificar, y además respeta su planificación.⁴⁴

Presupuestos

Como se vio en el análisis anterior, es evidente la vinculación entre planificación y presupuesto público. De igual forma, la CRE establece un marco sobre esta materia. Parte del señalamiento de que la política fiscal tiene como uno de sus objetivos el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos, ¿cómo negar su importancia para la contratación estatal? Si la planificación tiene como su instrumento el Plan Nacional de Desarrollo,

41 Ecuador, *LOSNC*P, art. 43.

42 *Ibíd.*, art. 29. De acuerdo a los convenios entre entidades contratantes previstos en la *LOSNC*P.

43 *Ibíd.*, art. 6, num. 13.

44 La planificación puede servir como un elemento de control de gestión; está explícito en el art. 25 del vigente Reglamento General de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (RGLOSNC), que indica que salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que correspondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en la PAC inicial o reformulado.

la actividad presupuestaria cuenta con el Presupuesto General del Estado, cuya finalidad es la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado. Instrumentos auxiliares para estructurar el Presupuesto General del Estado son la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual,⁴⁵ todos ellos muy importantes para el financiamiento de las contrataciones públicas.

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

Es interesante comentar también que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana,⁴⁶ entre sus contenidos, prevé disposiciones sobre presupuestos participativos, entendidos como el proceso mediante el cual, las ciudadanas y los ciudadanos, de forma individual o por medio de organizaciones sociales, contribuyen voluntariamente a la toma de decisiones respecto de los presupuestos estatales, en reuniones con las autoridades electas y designadas.⁴⁷ Esto, junto con el concepto de planificación participativa, nos lleva a la conclusión de que las propias contrataciones públicas deberían ser participativas, dado que su planificación y presupuesto lo son.

Debemos también tomar en cuenta lo dispuesto por el COPYFP en materia de presupuestos para establecer su relación con el SNCP. La inversión pública es definida como el conjunto de egresos o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y las capacidades sociales y del Estado,⁴⁸ de allí que buena parte de la inversión pública se transforma en obras o servicios que se adquieren de proveedores y contratistas privados. Para ello, se deben formular planes de inversión, expresión técnica y financiera del conjunto de programas y proyectos de inversión, debidamente priorizados, programados y territorializados.⁴⁹ Estos planes deben ser fuente directa de los planes de contratación,

45 Disposiciones sobre presupuestos se pueden encontrar en: Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 285, num. 1; art. 292; arts. 293, 294.

46 Ecuador, *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, Registro Oficial 175, Suplemento, 20 de abril de 2010.

47 *Ibíd.*, arts. 67-71.

48 *Ibíd.*, art. 55.

49 *Ibíd.*, art. 57.

dado su contenido. A más de referirse al Presupuesto General del Estado, el COPYFP desarrolla el concepto de ejecución presupuestaria, que viene a ser la fase del ciclo presupuestario que comprende el conjunto de acciones destinadas a la utilización óptima del talento humano, y los recursos materiales y financieros asignados en el presupuesto con el propósito de obtener los bienes, servicios y obras en la cantidad, calidad y oportunidad previstos en el mismo.⁵⁰ Esto quiere decir que la contratación pública es una parte del ciclo presupuestario, concretamente de su ejecución, lo que ratifica su estrecha simbiosis.

Ya en materia específica, el art. 178 del Código comentado, que trata sobre la Certificación Presupuestaria, dispone que “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”. Esta norma es concordante con el ya citado art. 24 de la LOSNCP, aunque al parecer este es más amplio, pues habla de “disponibilidad presupuestaria” y además se refiere a recursos presentes o futuros, es decir, que no es necesario que los recursos sean líquidos al momento de iniciarse el procedimiento pre contractual.

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

Control

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

Trillions of dollars are spent each year buying goods and services for public projects. From schools and hospitals, to power plants and dams, this means big budgets and complex plans. It also means ideal opportunities for corruption.

Contracts to suppliers can be awarded without fair competition. This allows companies with political connections to triumph over their rivals. Or companies within the same industry can rig their bids, so each gets a piece

50 Ibid., art. 113.

of the pie. This increases the cost of services to the public. We've found that corruption can add as much as 50 per cent to a project's costs.⁵¹

Así opina la organización TI, especializada en estudios y análisis relativos a lucha contra la corrupción en el mundo. Por esa razón es que la materia de control es de vital importancia en la articulación del SNCP.

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

La primera conclusión a la que se puede llegar es que, de los tres momentos en que se pueden realizar los controles (previo, concurrente o posterior) quienes hacen control lo hacen en forma posterior por mandato de la LOSNCP. El control posterior debe entenderse como el que se realiza luego de concluidas las etapas: bien sea la etapa pre contractual, la contractual o la de ejecución. La LOSNCP no establece control previo, entendido este como el que se realizaría antes de convocarse a un procedimiento precontractual, y que implicaría revisiones legales, técnicas o financieras de la estructuración de los documentos precontractuales. No obstante, hay que mencionar que el SERCOP tiene facultades para “Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública [...]”⁵² y para verificar que las entidades contratantes los observen de manera obligatoria.⁵³ Esto quiere decir que aunque no sea explícitamente, sí existe un control preventivo que se configura a través de la regulación y modelación de documentos y requisitos a ser aplicados en el SNCP. El desafío es especializar estos documentos modelos, abarcando los diferentes objetos contractuales con sus particularidades, puesto que no es lo mismo la adquisición de medicamentos que la construcción de un puente.

51 Transparencia Internacional, “Definición de transparencia”, accedido julio de 2019, https://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement

Miles de millones de dólares se gastan cada año en la compra de bienes y servicios para proyectos públicos. Desde escuelas y hospitales hasta centrales eléctricas y represas, esto significa grandes presupuestos y planes complejos. También significa oportunidades ideales para la corrupción.

Los contratos a proveedores se pueden adjudicar sin competencia justa. Esto permite a las empresas con conexiones políticas triunfar sobre sus rivales. O las compañías dentro de la misma industria pueden manipular sus ofertas, por lo que cada una recibe un pedazo del pastel. Esto aumenta el costo de los servicios al público. Hemos encontrado que la corrupción puede agregar hasta un 50 % a los costos de un proyecto (traducción propia).

52 Ecuador, *LOSNCP*, art. 10, num. 8.

53 *Ibid.*, art. 14, nums. 2 y 27.

En este punto hay que considerar que hubo un cambio respecto al esquema de contratación anterior que preveía “informes previos” de dos organismos: la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, y en ciertos casos, del Ministerio de Finanzas.⁵⁴ Sin duda es una de las reformas más polémicas dentro de la estructuración del nuevo SNCP, pues se puede suponer que al no existir controles *ex ante*, la discrecionalidad de las entidades contratantes será absoluta a la hora de establecer las bases técnicas y legales inherentes a los procedimientos de selección y contratación. No obstante, vale la pena considerar que la erradicación de los informes previos obedeció a razones de oportunidad (eran un paso que dilataba los plazos precontractuales),⁵⁵ eficacia (sin hacer un juicio de valor sobre la actuación profesional, técnica y ética que pudieron tener los organismos de control, se duda mucho del saldo de efectividad global de este esquema de informes previos a la hora de reducir la corrupción en Ecuador),⁵⁶ reducción de costos (estos organismos, junto con la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, tenían derecho a una contribución equivalente al 1 % de la cuantía de los contratos cuyos montos superaban la base establecida para la licitación, lo que implicaba aumento de los costos de los contratos),⁵⁷ y recuperación de la capacidad de gestión de los administradores públicos (quienes finalmente estaban supeditados a la anuencia de terceros para continuar con sus procesos de contratación). Adicionalmente, hay que considerar que el informe se expedía previamente a la suscripción del contrato, no al inicio del procedimiento precontractual,⁵⁸ por lo que no estaba bien llamarlos técnicamente “informes previos”, salvo en el caso de consultorías en aspectos relacionados en administración financiera y control en que los informes de Contraloría y Ministerio de Finanzas se exigían respecto a la conveniencia de la contratación y a los términos de referencia respectivos.⁵⁹ En cuanto a eficiencia, es inobjetable el cambio positivo

54 Ver derogatorias de la LOSNCP.

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

56 En el acápite 1.1. se advierte, a través del análisis de una serie de diagnósticos, el panorama anterior al 2008 propenso a contrataciones reñidas con la transparencia, pese a las intervenciones de Contraloría y Procuraduría a través de sus informes previos.

57 Ecuador, LOSNCP, arts. 110 y 111.

58 *Ibid.*, art. 60.

59 *Ibid.*, art. 18.

que se dio al suprimir estos informes. Por lo que respeta la reducción de arbitrariedades y lucha contra la corrupción, hay que indicar que antes de 2008 la contratación pública no era precisamente un área donde primaba la transparencia y corrección de procedimientos, por lo que no se puede decir que se produjo un retroceso, aunque hay que admitir que el nuevo sistema tampoco ha traído mejoras significativas.

Finalmente, respecto al control concurrente, es necesario anotar que el art. 14 de la LOSNCP establece que: “El control del SNCP será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo [...]”.⁶⁰

No se debe desatender a la disposición ya comentada (art. 15, LOSNCP) que delimita el ámbito de actuación de los organismos de control a una fase *ex post*. Este mismo artículo confiere al SERCOP algunas atribuciones de verificación, que corresponden a un control concurrente, verbigracia, uso del sistema informático, uso de modelos de documentos precontractuales, el cumplimiento de políticas, planes y presupuestos, la contratación con proveedores habilitados, etc. Inclusive, en la parte final de esta norma, expresamente se habla de una actividad de control de parte del SERCOP: “Para ejercer el control del Sistema, el INCOP podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término no mayor de 10 días de producida la solicitud”. Esta prescripción coordina con el inciso final del art. 15 de la misma ley, que obliga al SERCOP a informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la ley. Obviamente, para conocer del cometimiento de infracciones, se requiere hacer monitoreos, verificaciones, en suma, controles. A partir de las reformas introducidas por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LORLOSNCPP)⁶¹ en octubre de 2013, el actual art. 102 de la LOSNCP prevé que quienes tengan interés directo en un procedimiento y se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes, podrán presentar un reclamo ante el SERCOP. Lo particular de este reclamo es que el rector de la contratación pública no tiene facultad para resolverlo, sino que debe notificar a la máxima autoridad de la entidad contratante para que esta sea la que disponga la

60 Ibid., art. 14.

61 Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (LORLOSNCPP), Registro Oficial 100-2S, 14 de octubre de 2013.

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

Es necesario reparar en que la fase de ejecución contractual tiene sus propios mecanismos de control. En efecto, la existencia de administradores, supervisores y fiscalizadores del contrato,⁶² la posibilidad de aplicar medidas unilaterales como son las multas o la terminación por decisión de la entidad contratante,⁶³ e inclusive los mecanismos de solución de diferencias,⁶⁴ son herramientas de control propias del contrato que las aplicarán las mismas entidades contratantes, sin perjuicio de las auditorías gubernamentales que podrá realizar la Contraloría General del Estado. De allí que el SERCOP no debe intervenir en esta etapa, pues su labor está orientada a la fase precontractual.

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

Administración y ejecución

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

Etapa previa o preparatoria

Esta etapa⁶⁵ comprende no exclusivamente, pero tampoco obligatoriamente:

1. Definición de la planificación de contrataciones para el siguiente período fiscal.

62 Ecuador, LOSNCP, arts. 56, 70 y 80.

63 *Ibíd.*, arts. 70, 71, 92 y 94.

64 *Ibíd.*, arts. 104 y 105.

65 *Ibíd.*, arts. 22, 23, 24, 29, 36, 42 y 49.

2. Informes de áreas internas de la entidad contratante sobre la necesidad a satisfacerse.
3. Requerimiento de la obra, bien, servicio o consultoría.
4. Estudios (de mercado o de otro tipo) para establecer el presupuesto referencial.
5. Estudios para establecer las especificaciones técnicas para bienes; estudios y diseños completos, definitivos y actualizados para obras, o términos de referencia para consultorías y servicios.
6. Estudios de desagregación tecnológica o compras de inclusión.
7. Informes de áreas internas de la entidad contratante sobre disponibilidad presupuestaria.
8. Informe jurídico sobre tipo de procedimiento precontractual.
9. Convenio interinstitucional para compra corporativa.
10. Conformación de comisión técnica y, de ser el caso, subcomisiones de apoyo.
11. Elaboración de pliegos o documentos precontractuales.
12. Aprobación de pliegos y disposición de inicio del procedimiento precontractual.

Etapa precontractual o etapa licitatoria

La etapa precontractual inicia con la convocatoria y publicación de pliegos y termina con tres posibles decisiones: adjudicación, declaratoria de desierto o declaratoria de cancelación.⁶⁶

Etapa contractual

Esta etapa⁶⁷ arranca inmediatamente después de la adjudicación (no existe cuando se ha declarado desierto o se ha cancelado el proceso, por obvias razones) y termina, normalmente, con la firma del contrato. No obstante, es posible que se pueda tomar otra decisión: la declaratoria de adjudicatario fallido. Esta etapa incluye la entrega de garantías, en caso de que se deban rendir.

Etapa de ejecución del contrato

Esta etapa⁶⁸ comprende el período entre la firma del contrato y la terminación del mismo, por diversas circunstancias. Se identifican las

66 Ibid., art. 6, num. 1, arts. 14, 32, 33, 34, 36 y 49.

67 Ibid., arts. 35, 68, 69, 71, 74, 75 y 76.

68 Ibid., arts. 14, 36, 64, 65, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 92, 93, 94, 95 y 96.

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

1. Pago del anticipo.
2. Pagos programados.
3. Aplicación de multas.
4. Ejecución de garantías.
5. Reajuste de precios.
6. Informes de administradores, supervisores o fiscalizadores.
7. Contratos modificatorios para enmendar errores.
8. Contratos complementarios.
9. Diferencias en cantidades de obra.
10. Órdenes de trabajo por rubros nuevos.
11. Terminación de los contratos.
 - Por cumplimiento de las obligaciones.
 - Por mutuo acuerdo de las partes.
 - Por sentencia o laudo arbitral que declare la nulidad del contrato o la resolución a pedido del contratista.
 - Por declaración unilateral del contratante por incumplimiento o vicios.
12. Devolución de garantías.
13. Recepciones.

Etapa de evaluación

Aunque existen referencias de esta etapa,⁶⁹ ninguna norma establece en qué consiste, qué se debe tomar en cuenta y cómo se debe implementar la evaluación del contrato y del contratista.

No obstante, la evaluación de la contratación pública debiera abarcar un análisis tanto de la ejecución del contrato y cumplimiento de resultados como del desempeño de las partes. El análisis de cumplimiento del contrato debe involucrar tiempos y costes, pues normalmente todo contrato público tiene un período de vigencia, pero no es raro que sea reprogramado. Lo que prima es el cumplimiento de los objetivos: productos, bienes, obras, etc. Asimismo, el precio originalmente pactado no siempre es el valor final que se paga, pues pueden existir una serie de reajustes y adendas. Debiera además incluir el análisis de efectividad en el cumplimiento de resultados o impacto en la solución a las necesidades que originaron la contratación. En cuanto al análisis del desempeño

⁶⁹ *Ibid.*, arts. 14 y 36.

de las partes contratantes, se debe valorar la gestión tanto de la entidad contratante como del contratista en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en la ejecución del contrato. La entidad contratante fundamentalmente deberá ser evaluada desde su obligación de pago sin retardo, aunque también por los deberes complementarios que suele asumir (poner a disposición los sitios de las obras, brindar facilidades, gestiones ante terceros, etc). El contratista, de su lado, deberá dar cuenta de la calidad, cantidad y oportunidad del cumplimiento de sus obligaciones, y para ello se deberá medir entregas a plazos, sanciones, terminaciones anticipadas, ejecución de garantías, reclamos en etapa pos venta o pos entrega, etc. Desde luego esta valoración debiera tener una incidencia en su estándar general, sea con preferencias o con posibilidades de acceder en mejor posición a contrataciones de mayor envergadura. Ya que la tendencia es al uso de medios electrónicos, inclusive esta evaluación se la debería realizar a través de herramientas informáticas, evitando caer en subjetividades de los evaluadores.

Principios y objetivos del SNCP

La LOSNCP contiene, dentro de sus disposiciones sustantivas, principios y objetivos. Los primeros constituyen criterios de interpretación de los procedimientos y contratos,⁷⁰ y los segundos se traducen en metas que el sistema en su conjunto debe alcanzar a través de la gestión del sistema.

Principios y objetivos de la contratación pública

La LOSNCP enlista principios⁷¹ y objetivos, sin darles una definición específica. Además, en muchos casos su distinción no es tan precisa y en

70 *Ibíd.*, art. 5.

71 *Ibíd.*

Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de esta ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

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

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

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;

otros, el mismo concepto es a la vez principio y objetivo. Por esa razón, nos tomamos la licencia de agruparlos para el análisis como elementos conceptuales. También advertimos que no vamos a estudiar a todos los mencionados en la ley, pero sí a los más trascendentes.

Principio de legalidad

El principio de “legalidad”, ampliamente tratado en el ámbito jurídico por ser pilar fundamental del Estado de derecho, se tratará aquí únicamente en relación con la contratación pública.

Jaime Santofimio sostiene que “[...] analizar el principio de legalidad del contrato estatal conlleva una implicación práctica, cual es la de sujetar, siempre y en todos los casos la autonomía de la voluntad al interés general”.⁷²

Más adelante, señala que: “[...] entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de los procedimientos, actuaciones, decisiones y actos que deban proferirse con ocasión del contrato con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial [...]”.⁷³

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

En este mismo sentido, Cassagne afirma que:

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

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

72 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, t. IV (Bogotá: UEC, 2004), 115.

73 *Ibíd.*, 117.

jurídico formal, es decir, a todo lo que Hauriou denominaba “bloque de legalidad” (leyes, reglamentos, principios generales, precedentes). Esto obedece, como bien lo ha puesto de manifiesto García de Enterría, a que la Administración ya no se presenta como mera ejecutora de normas que le son impuestas sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas, lo cual no implica desconocer, desde luego, que la ley formal siga enmarcando la generalidad de la actuación administrativa, operando sobre la Administración en forma directa, o bien, limitando, determinando o excluyendo, la potestad reglamentaria de la administración”.⁷⁴

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

El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa pre-contractual y contractual. Toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente: constitucional, legislativa o administrativa. *La totalidad del ordenamiento jurídico rige para cada caso administrativo*. Es también deber del órgano administrativo controlar en su accionar *la constitucionalidad de las normas*, y examinar su validez frente a la Constitución.⁷⁵

La CRE contiene una disposición que precautela que las entidades y sus funcionarios no se aparten de los contornos señalados por el ordenamiento: “Artículo 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades

74 Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, 8.^a ed. (Buenos Aires: Lexis Nexis /Abeledo-Perrot, 2006), 27-8.

75 Roberto Dromi, *Las ecuaciones de los contratos públicos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001), 41.

que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”. Esta norma entraña la máxima *en derecho público únicamente se puede hacer lo prescrito en la ley*.

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

En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley —Estado de derecho—, el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público o de los particulares que ejerzan función administrativa, sin sujeción a lo cual los actos y contratos por ellos proferidos o celebrados se considerarán ilegales y en consecuencia carentes de validez.⁷⁶

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

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

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

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

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

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.⁷⁷

El art. 64 resulta polémico en tanto que faculta al posible responsable de la ilegalidad a que declare terminado el contrato por decisión unilateral. No obstante, dos circunstancias le dan un cariz lógico: la primera es que la ley busca una corresponsabilidad a la hora de cumplir con la legalidad,

⁷⁶ Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, 117.

⁷⁷ Ecuador, *LOSNCP*, arts. 64 y 65.

por lo tanto, el contratista no está exento de culpa y, consecuentemente, se somete a la posibilidad de una terminación unilateral; sin dejar de resaltar, en segundo lugar, que la norma no descuida las responsabilidades civiles, administrativas y penales de los funcionarios públicos que intervinieron en la preparación y suscripción del contrato ilegal.

Principio de trato justo

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

No obstante, para hacer un deslinde de los dos conceptos (pues están plasmados como dos principios diferentes), podríamos decir que el principio de igualdad implica que el sistema como tal y en su conjunto (desde lo normativo y lo instrumental) no puede hacer discriminaciones o diferenciaciones entre proveedores o concursantes y esa es la concepción que inspira las propuestas de la OMC y otros modelos normativos internacionales de contratación pública. Bajo esa premisa, el trato justo vendría a ser una especialización de este principio, pues una cosa es que el ordenamiento jurídico no prevea diferenciaciones entre proveedores (por su origen, su tamaño, su localidad u otros requerimientos de contenido nacional) y otra es que en las condiciones del concurso y en los actos de evaluación y calificación de ofertas, no se establezcan o apliquen criterios que diferencien —en contra o a favor— a los oferentes, a menos que el propio sistema normativo lo prevea (lo que equivaldría a igualdad material).

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

Si nos fijamos en lo que dice el RGLOSNC, en la parte final de su art. 20, vamos a encontrar elementos para llegar a determinar el contenido de este principio: “[...] Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre estos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional”. Más que trato igualitario, se debería referir a trato justo, pues la igualdad implica el mismo tratamiento entre los proveedores, aspecto que en el caso ecuatoriano está relativizado como lo veremos en su momento. Pero la idea de no establecer diferencias arbitrarias es la que da sentido a este principio.

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

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

Este principio también implica que deba haber las mismas oportunidades para todos los participantes en el proceso de la contratación, lo cual implica que las reglas que van a ser aplicadas como base para tomar las decisiones sean generales, impersonales, conocidas por todos y aplicadas a todos los participantes de manera igual.⁷⁸

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

Su transgresión no es materia de filosofía del derecho, es cuestión del derecho escrito, positivo, que además es iusfilosóficamente justo. Lo exige también el art. 2, inc. h) de la ley de ética pública, en cuanto obliga al agente público a adoptar soluciones “razonables” en los procedimientos de contratación pública, lo cual incluye el objeto y el precio del contrato.⁷⁹

El trato justo entonces tiene que ver con la equidad y la razonabilidad, criterios a ser tomados en cuenta de forma obligatoria por los administradores públicos que contratan, pues en muchas ocasiones, se deberán

78 Gonzalo Suárez Beltrán y Roberto Laguado Giraldo, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad* (Santiago de Chile: ONU, 2007), 15, accedido julio de 2019, <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/1/S2007302.pdf>

79 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, la defensa del usuario y del administrado*, t. 2 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006), XII-46.

tomar decisiones frente a situaciones que no tienen respuesta en la ley ni en ninguna norma.

Principio de igualdad

Cassagne, sobre este principio, refiere lo siguiente:

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

En otras palabras, el principio de igualdad entre los oferentes —de pura raigambre constitucional—, se manifiesta al posibilitarse la participación competitiva de todos ellos, erigiéndose en base o presupuesto de la contratación, aun entre la existencia de oferentes nacionales y extranjeros.⁸⁰

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

La “igualdad”, como principio de la contratación pública, deberá ser analizada con los matices constitucionales referentes a la igualdad formal, igualdad real y no discriminación,⁸¹ plenamente aplicables en el SNCP. Si bien es cierto se proclama que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades —tal como Cassagne nos refirió— también se dispone que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.⁸² Esto particularmente tiene efectos en algunas formas de discriminación (positiva) que se aplican en el SNCP, sobre todo referidas a producción nacional, a micro, pequeñas y medianas unidades productivas y a actores de la EPS, que van a ser tratados de manera preferente.

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

El principio de igualdad tiene correlación con el objetivo de convertir a la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional, conforme pasamos a analizar. Existen disposiciones constitucionales que le son inherentes:

80 Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, 2.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 77.

81 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66, num. 4.

82 *Ibid.*, art. 11, num. 2.

Son objetivos de la política económica del país, entre otros, los siguientes:⁸³

1. 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;
2. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia;
3. Impulsar el pleno empleo;
4. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

El Estado también debe promover el acceso equitativo a los factores de la producción, y con esa orientación, le corresponde desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores para generar empleo y valor agregado.⁸⁴

Asimismo, existe un sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, que tiene como finalidad (entre otras) desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.⁸⁵

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

Así pues, se ve que el incentivo a la producción nacional es un factor constante en las normas constitucionales y uno de los medios para alcanzarlo es la contratación pública.

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

a) Consideraciones nacionales

Dentro de las fronteras, este objetivo es de fácil aceptación. En efecto, puede resultar atractivo para los proveedores nacionales saber que gozarán de prioridad frente a sus competidores de origen extranjero.⁸⁶

83 Ibid., art. 284, nums. 2, 4, 6 y 7.

84 Ibid., art. 334, num. 4.

85 Ibid., art. 385, num. 3.

86 Esta discusión se da en muchos ámbitos del orbe. Como un ejemplo, se puede ver el análisis respecto a utilización de la contratación pública como un mecanismo keynesiano de apoyo financiero a la producción nacional (*buy american*) durante la depresión reciente en Estados Unidos de Norteamérica de 2008-2010, realizado por Joshua Schwartz, en el que se da

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

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

De su parte, la LOSNCP también establece lo propio, al señalar que es obligatorio incentivar la participación nacional en la contratación pública. No obstante, han existido dos momentos en la vida del sistema nacional respecto a las modalidades de aplicación de estos incentivos. Desde agosto de 2008 hasta octubre de 2013, para la adquisición de bienes y contratación de servicios (excluyendo consultoría) y obras, la forma de priorizar los nacionales era a través de márgenes de preferencia, es decir, otorgando un porcentaje adicional a las ofertas de origen ecuatoriano.⁸⁷ Este mecanismo no excluía la participación de proveedores cuyas ofertas no eran consideradas ecuatorianas, aunque su participación no era en igualdad de condiciones, pues los oferentes nacionales tenían derecho a puntajes adicionales en la evaluación de sus ofertas. Las reformas introducidas en 2013 y 2018, pretendiendo acentuar la protección a la oferta nacional, introducen normas contradictorias. La primera disposición modificada es la siguiente: “Artículo 25.1. Participación Nacional.- Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública”. En este caso, la disposición no cambia el mecanismo de incentivo: márgenes de preferencia, lo que, insistimos, no implica una exclusión de la competencia.

cuenta de la eterna discusión entre proteccionismo y procesos competitivos y abiertos, sobre todo entremezclados con acciones y efectos políticos más que técnicos, y el riesgo de contrariar los compromisos internacionales adquiridos por la nación norteamericana en acuerdos multilaterales y bilaterales de comercio. Ver Joshua Schwartz, *Procurement as a tool for economic stimulus: The United States' experience, 2008-2010*, accedido agosto de 2019, <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/16PublicProcurementasanEconomicPolicyTool/Paper16-1.pdf>.

87 La redacción original de la LOSNCP: Artículo. 25: Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad.

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

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

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

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

El primer inciso trata de un incentivo a las ofertas que incorporen mayor componente ecuatoriano en el bien, obra o servicio ofertado. Los mecanismos que se enuncian para aplicar este incentivo son márgenes de preferencia, reservas de mercado, curiosamente, entrega de anticipos⁸⁸ o subcontratación. Al mencionar el criterio de reserva de mercado, se habla de la posibilidad de evitar la competencia de proveedores con ofertas no nacionales. En el segundo inciso, esta posibilidad se vuelve regla, pues se dispone que para contratar bienes, servicios u obras de origen no ecuatoriano, se requerirá previamente de la verificación de inexistencia de oferta nacional, lo que en otras palabras equivale a decir que, existiendo ofertas ecuatorianas, el mercado público se cierra a la participación de ofertas de origen extranjero. He aquí la contradicción, pues a la vez tienen vigencia y deben aplicarse dos mecanismos, uno de los cuales permite la competencia (aunque desigual) y otro que la impide.⁸⁹

88 Un anticipo debe responder a la necesidad económica del contrato de gestionar, en sus etapas iniciales, algunas inversiones que requieren de liquidez (tales como movilización, adquisición de equipos, movimientos de tierra, etc.) que dificultarían las finanzas del contratista si no tuviera esta inyección de recursos al momento mismo de iniciar con la ejecución de las obligaciones contractuales, y que resulta más barato que un endeudamiento financiero. Nunca debería ser empleado como un incentivo.

89 Es interesante también considerar lo que dispone el COPYFP. Artículo 134.- "Participación de empresas del país prestamista.- En los contratos de financiamiento podrán establecerse estipulaciones inherentes a la participación de las empresas del país del prestamista en la ejecución de los proyectos, en tanto el financiamiento se confiera en términos rentables, ventajosos o concesionales para el prestatario.

La oferta nacional no tiene relación con la nacionalidad del oferente, ni con el componente de origen del capital, ni por el domicilio, sino que se la considera en función de alcanzar el porcentaje sectorial establecido para cada caso. En otras palabras, la obra, bien o servicio debe agregar componente ecuatoriano en un porcentaje previamente establecido por el SERCOP.⁹⁰

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

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

Es importante anotar la concordancia de estas disposiciones de la LOSNCP con postulados expresados en el COPCI, cuyos objetivos son generar y consolidar regulaciones para potenciar e incentivar la producción de mayor valor agregado, particularmente en los sectores estratégicos, donde se otorga una importante función a las compras públicas.⁹¹

En tal caso, para la selección, calificación y adjudicación se observará el procedimiento que establezca la LOSNCP, las demás leyes y sus reglamentos”.

Esta disposición está en la línea de considerar que el mercado ecuatoriano, en principio, está cerrado a la participación de oferentes de origen no nacional, tan es así que se requiere de un contrato de financiamiento para posibilitar la participación de empresas del país del prestamista.

90 Ecuador, *LOSNCP*, art. 6, num. 21, reformado por la *LORLOSNCP*: 21. Origen Nacional: Para los efectos de la presente ley, se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente ley.

Ibíd., art. 6, num. 23: Participación Nacional: aquel o aquellos participantes inscritos en el RUP cuya oferta se considere de origen nacional.

91 Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.

Artículo 3.- Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar

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

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estos personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el INCOP quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales.⁹² Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.⁹³

En todos los casos se privilegiará la contratación de profesionales ecuatorianos lo que será exigido por la institución contratante y por el SERCOP en los porcentajes definidos en el Reglamento a la ley.⁹⁴

Si relacionamos las disposiciones constitucionales referentes a igualdad y priorización de la oferta nacional, previstas en el art. 66, num. 4 (por el que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación) y en el art. 288 (que manda a priorizar los bienes y servicios de origen nacional), se puede argumentar que el

productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza. Artículo 59.- Objetivos de democratización.- La política de democratización de la transformación productiva tendrá los siguientes objetivos:

[...]

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

[...]

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

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

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

93 Ecuador, *LOSNC*, art. 37, incisos segundo y tercero, reformados por la *LORLOSNC*.

94 *Ibíd.*, art. 39, último inciso.

principio de la priorización corresponde precisamente a la aplicación del principio de igualdad material, puesto que, siendo Ecuador un país en vías de desarrollo, sus proveedores no están en el mismo nivel competitivo de sus potenciales contendientes de otros países, especialmente de los llamados del primer mundo. En segundo lugar, no puede existir contradicción entre principios constitucionales, lo que existe es una preeminencia de uno de ellos sobre el otro, y por tanto, en materia de contratación pública, el principio de igualdad está modulado por el principio de priorización de la producción nacional.

b) Consideraciones internacionales

Desde el punto de vista internacional la lectura del tema tiene otros matices. El documento que, por antonomasia, es referente en la materia que nos ocupa, es el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)⁹⁵ de la OMC de 1994, que tiene carácter de plurilateral. Por cierto, Ecuador no ha firmado el acuerdo ni se ha adherido a él, y por lo tanto sus normas no le son obligatorias, aunque actúa como observador desde 2019.⁹⁶

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

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

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

Asimismo, si nos fijamos en el num. 2 del art. III, se prohíben discriminaciones o tratos menos favorables a los proveedores establecidos en el territorio de un país, en razón de tratarse de una filial o en razón de

95 OMC, “Acuerdo sobre Contratación Pública”, accedido agosto de 2019, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm.

96 A la fecha, el Acuerdo tiene 20 partes que abarcan a 48 miembros de la OMC (se cuenta como una sola parte a la Unión Europea y sus 28 Estados miembros, todos los cuales se han adherido al Acuerdo), entre los que no existe ningún país latinoamericano. No obstante, 8 países latinoamericanos actúan como observadores: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Paraguay.

propiedad extranjera. En otras palabras, si un proveedor extranjero se establece en un país Parte, cumpliendo con la normativa nacional, debe ser tratado como un proveedor nacional. En el caso ecuatoriano, la domiciliación de una compañía implicaría el derecho a ser tratada como una empresa nacional, y esto sin considerar la nacionalidad de la propiedad de las acciones, participaciones o derechos.

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

El 15 de diciembre de 2011, los ministros de los cuarenta y dos Estados parte del acuerdo adoptaron la “Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública” (ACPr)⁹⁷ preparado por el Comité de Contratación Pública de la OMC, largamente discutido por un lapso de diez años.

En el ACPr, con muy pocas variaciones de redacción, el principio de trato nacional y no discriminación está contenido en los num. 1 y 2 del art. V “Principios generales”. No obstante, en el num. 6, se prescribe que “Con respecto a las contrataciones abarcadas, las partes, incluidas sus entidades contratantes, no solicitarán, no contemplarán, no impondrán ni exigirán compensaciones”. Por compensaciones, a la luz de las definiciones consignadas en el art. I, lit. k), debemos entender a las condiciones o compromisos que fomenten el desarrollo local (como pueden ser precisamente preferencias para los productos de origen nacional) o mejoren las cuentas de la balanza de pagos de una Parte (como es la utilización de políticas de compras solamente a productos y servicios nacionales o proveedores nacionales, con el fin de evitar importaciones). De inmediato ejemplifica cuáles pueden ser algunas de esas medidas que estarían prohibidas: uso de contenido nacional; concesión de licencias de tecnología; las inversiones; el comercio de compensación y otras similares.

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

1. Salvaguardar la situación de su balanza de pagos y garantizar un nivel de reservas suficiente para la realización de programas de desarrollo económico;

97 Comité de Contratación Pública de la OMC, “Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública”, accedido agosto de 2019, http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/gpro_15dec11_s.htm, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm, y http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/gpro_30mar12_s.htm.

2. Promover la creación o el desarrollo de ramas de producción nacionales, incluido el desarrollo de las pequeñas industrias y la artesanía en las zonas rurales o atrasadas, así como el desarrollo de otros sectores de la economía;
3. Apoyar a los establecimientos industriales que dependan totalmente o en medida considerable de la contratación pública; y,
4. Fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo presentados a la conferencia ministerial de la OMC y no desaprobados por ella.

Asimismo, resalta la necesidad de que los Estados parte tomen en cuenta medidas para facilitar las importaciones provenientes de los países en desarrollo.

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

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

El ACPr, en cambio, prescribe las siguientes medidas:

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

servicios originarios del país en desarrollo que otorgue la preferencia, u originarios de otros países en desarrollo. Esta preferencia deberá ser transparente y deben indicarse en el anuncio de contratación (convocatoria);

- Una compensación, en los términos antes analizados;
 - La incorporación gradual de entidades o sectores específicos;
 - Un umbral superior a su umbral permanente. Esto quiere decir que puede excluir de la cobertura del ACP algunas contrataciones que se encuentren por debajo de un monto previamente acordado.
4. También, se considera la posibilidad de que un país en desarrollo retrase la aplicación de cualquier obligación específica del ACP. No obstante, para países menos adelantados, el plazo de aplicación no será mayor a cinco años a partir de la adhesión, mientras que para un país en desarrollo no podrá exceder de tres años. No obstante, se contempla la posibilidad de solicitar prórrogas a esos plazos.
 5. Se debe tomar en consideración los pedidos de cooperación técnica y creación de capacidad de los países en vías de desarrollo.

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

Otro documento de referencia internacional en materia de contratación pública es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública (Ley Modelo de la CNUDMI). En efecto, esta Comisión, luego de un dilatado y profundo trabajo iniciado en el año 2004, tendente a reemplazar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994, adoptó la antes referida Ley Modelo el 1 de julio de 2011, “[...] para reflejar las nuevas prácticas, en particular las derivadas del uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como la experiencia adquirida en la aplicación de esa Ley Modelo como base de reformas legislativas”.⁹⁸

98 ONU, *Ley Modelo 2011*, accedido octubre de 2019, http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

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

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

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

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

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

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

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

Un punto aparte amerita el tratamiento que la LOSNCP da a la consultoría, conforme se analizó supra 2.2.2.4. a), dada la vigencia de la Decisión 439 de la CAN⁹⁹ que contiene el “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la CAN”, adoptada por la Comisión de la CAN el 11 de junio de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 17 de junio de 1998.¹⁰⁰ Según lo declara su art. 1, su objetivo es “[...] establecer un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina”. El segundo párrafo del art. 4 de esta Decisión señala textualmente:

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

99 Comunidad Andina (CAN), “Decisión 439”, accedido octubre 2012, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>.

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

Decisión en el plazo señalado, los países miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.

Cabe indicar que no se ha dictado ninguna Decisión al respecto, y por tanto, a partir del 1 de enero de 2002, entre los países miembros de este sistema de integración debe existir trato nacional en todo servicio que adquieran los Estados. Esta conclusión de ninguna manera nos debe llevar a pensar que el art. 37 de la LOSNCP —en la medida que exige que la consultoría extranjera únicamente tendrá cabida en los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad o experiencia nacional— está en contradicción con la normativa supranacional, sino que su aplicación debe modularse conforme al enunciado comunitario. En otras palabras, para efectos de definirse la capacidad o experiencia ecuatoriana, también se deberá tomar en cuenta a los nacionales de Bolivia, Colombia y Perú, y de esta manera se actuaría conforme al derecho interno y al derecho de integración subregional andino.

Ahora bien, para completar el marco de aplicación de la Decisión 439, es menester considerar que existen algunas excepciones o condicionamientos, a saber: 1. el art. 5 de la propia Decisión que dispone que sectores o subsectores que tengan una regulación específica, se someterán a las regulaciones contenidas en las respectivas Decisiones; 2. el art. 11 de la misma Decisión que faculta a los países a adoptar algunas medidas que podrían limitar la liberalización del comercio de servicios; 3. el art. 13 de la propia Decisión dispone que se debe reconocer las “[...] licencias, certificaciones, títulos profesionales y acreditaciones, otorgados por otro País miembro, en cualquier actividad de servicios que requiera de tales instrumentos, conforme a los criterios establecidos en una Decisión que sobre la materia adopte la Comisión”. Hasta la fecha no se ha adoptado esa Decisión, lo que vuelve impracticable a esta norma; 4. el art. 14 prevé la elaboración de un inventario de medidas contrarias al principio de trato nacional, lo que se ha concretado con la Decisión 510 de la CAN “Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios” publicada en la Gaceta Oficial de la CAN de 22 de noviembre de 2001.¹⁰¹ Entre los servicios excluidos por Ecuador constan algunos relacionados con actividades de arquitectura, ingeniería y transporte, con gran incidencia en la contratación pública.

En resumen, a pesar de la normativa comunitaria andina, por no existir instrumentos que viabilicen el reconocimiento y aceptación de títulos profesionales (esenciales en materia de consultoría), y en vista de algunas

101 CAN, “Decisión 510”, accedido agosto de 2019, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>.

excepciones adoptadas por los países, todavía no se puede aplicar sus normas en toda su extensión, pues en caso contrario, Ecuador estaría incumpliendo sus disposiciones al adoptar, en materia de consultoría, un régimen de discriminación a través del cierre de la posibilidad de participación de consultores extranjeros.

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

Principio de calidad

La “calidad”, tratada como principio de la contratación pública, tiene sustento constitucional, no solo por lo indicado en el art. 288,¹⁰² sino también por lo que, concordantes, señalan los arts. 52 y 66, num. 25, respecto a que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad. Asimismo, el art. 320 de la misma norma suprema dispone que la producción se ha de sujetar a principios y normas de calidad; al tiempo que el art. 336 señala que el comercio justo será el medio de acceso a bienes y servicios de calidad.

Al analizar este principio también es necesario contar con el texto del art. 31 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad (LSEC).¹⁰³

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

En las compras y adquisiciones de bienes y servicios de los organismos del sector público, incluyendo las entidades autónomas, deberá demostrarse el cumplimiento de la calidad de dichos bienes y servicios con los reglamentos técnicos pertinentes mediante un certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado o designado en el país.

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

102 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 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 EPS, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”.

103 Ecuador, *Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad (LSEC)*, Registro Oficial 26, Suplemento, 22 de febrero de 2007, art. 31. Esta ley fue reformada en el año 2010, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.

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

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

Como se puede apreciar, existe una real preocupación en la normativa nacional relacionada con adquisiciones de bienes y servicios por parte del Estado respecto de la calidad, y por eso debe estar presente en el entramado de la contratación pública. En los pliegos precontractuales, a la hora de establecer las especificaciones técnicas, se debe contar con criterios que garanticen calidad. Como lo señala la propia LSEC, es necesario inclusive exigir el certificado de conformidad con las normas y reglamentos de calidad, lo que requiere el funcionamiento de tres instancias: una reguladora (que establece las normas y especificaciones, que en el caso ecuatoriano es el INEN),¹⁰⁴ una acreditadora (que acredita a laboratorios calificados para hacer mediciones de conformidad, que en el caso del país se denomina OAE)¹⁰⁵ y un organismo de certificación acreditado quien dará cuenta de la conformidad del producto o servicio respecto a los estándares y requisitos exigidos por la norma.

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

Muchas veces se considera que las exigencias de calidad pueden constituirse en verdaderas barreras de acceso, o inclusive, requisitos que favorecen a determinados destinatarios. En una sociedad como la ecuatoriana donde la mayoría de los proveedores son de tamaño micro, pequeño y mediano, es difícil encontrar actores que cumplan con certificaciones de calidad, y por tanto, exigir el cumplimiento de esta normativa técnica (sobre todo a estándares internacionales) pudiera resultar un una reducción de la competencia al excluirse buena parte de posibles oferentes. Por ello es necesario que, al formularse las especificaciones técnicas, se tome en cuenta estos aspectos. Es recomendable establecer incentivos y ventajas para quienes pueden acreditar calidad

104 *Ibíd.*, arts. 14 al 19.

105 *Ibíd.*, arts. 20 al 28.

(por ejemplo, puntuaciones adicionales), pero no descalificar a los que no la cumplan, si el mercado es precario en estos aspectos. No obstante, el dilema es si conviene que el sector público nacional se aprovisione de bienes y servicios de pobre calidad, durabilidad y desempeño, a pretexto de fomentar la competencia y la participación inclusiva de todos los proveedores. Visto desde este punto de vista, uno de los roles de la contratación pública es modelar los comportamientos sociales, y en ese sentido podría ser el motor para la mejora de calidad de los proveedores, lo que debería perseguirse con medidas programadas y temporales (dar plazos a los proveedores para que adecuen sus productos a las normas técnicas pertinentes). De esa manera, sin descuidar el impacto social de la exigencia, se fomenta la aplicación del principio de calidad. Ahora bien, en sociedades desarrolladas o mercados que ya operan con criterios avanzados de calidad, es deseable (y obligatorio) exigir cumplimiento de normas y reglamentos técnicos.

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

Ahora bien, podemos también vincular este principio con el objetivo de garantizar la calidad del gasto público. La pregunta que cabe hacerse es: ¿los recursos públicos se están gastando correctamente?

Al hablar de calidad de gasto debemos identificar la pertinencia y la mejor selección del contratista que se encargará de la provisión, prestación o ejecución, según el caso, así como de la efectividad de los resultados alcanzados con la contratación pública.

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

Dado que la compra pública es parte del ciclo presupuestario, en su fase de ejecución o gasto, es de alto interés del Estado y de los ciudadanos que los recursos se empleen de manera eficiente y que alcance el mejor valor social y económico posible. De esa manera, las contrataciones estatales

sin duda son un elemento importante dentro del Estado social de derechos y garantías, pues contribuye al alcance del buen vivir.

Principio de vigencia tecnológica

La “vigencia tecnológica”, más que un principio, es una condición que tendría dos aristas. La primera de ellas, referente a la necesidad de que los procedimientos del SNCP, que por mandato de ley deben ser electrónicos,¹⁰⁶ siempre estén actualizados y respondan a la más alta tecnología en lo referente a *hardware* y *software*. Así, la Disposición General Quinta de la LOSNCP establece que “Para la realización de los procedimientos electrónicos previsto en esta ley, se emplearán métodos actualizados y confiables para garantizar el correcto funcionamiento del portal COMPRASPÚBLICAS y el uso eficiente y seguro de las herramientas informáticas”. La segunda significación es que las entidades contratantes deberán incluir —en las especificaciones y requisitos técnicos que soliciten dentro de los pliegos, así como en el contrato— aspectos tecnológicos de avanzada, con el fin de que el bien, servicio u obra que adquieran no resulte obsoleto, desactualizado, discontinuado, caduco o pueda caer en desuso prontamente. A este respecto, Dromi señala lo siguiente:

En un mercado cada vez más signado por la tecnología y la globalización, los *adelantos tecnológicos* deben ser considerados como integrantes ineludibles de cualquier ecuación en los contratos de transformación. [...] Aun cuando los adelantos tecnológicos no estén previstos explícitamente como un término a considerar en el desarrollo de la ejecución del contrato de transformación, es incuestionable que su presencia se encuentra implícita.¹⁰⁷

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

106 Ecuador, LOSNCP, arts. 14, nums. 1 y 21.

107 Roberto Dromi, *Licitación pública* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999), 196.

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

Principio de oportunidad

El principio de “oportunidad” podría ser confundido con el de acceso, es decir, ofrecer oportunidades para los oferentes, mas tiene que ver con la temporalidad. Este principio determina lo puntual de una contratación en el marco de las necesidades institucionales. Para que esta oportunidad no se convierta en arbitrariedad de un funcionario, quien tendría la potestad de decidir cuándo y cuánto comprar, se exige la planificación como instrumento orientativo y programador, que si se lo observa con seriedad, conseguirá que esa decisión se preserve como una actividad reglada. Asimismo, se vería como un quiebre al principio de oportunidad exigir la entrega un una gran cantidad de bienes dentro de plazos excesivamente cortos, pues ese requerimiento podría esconder una exclusión de la competencia de un buen número de proveedores.

También, se podría ver la aplicación de principio de oportunidad como una condición de los contratos en cuanto al establecimiento de plazos de cumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto para contratista como para contratante. De hecho, el incumplimiento de los plazos en que se deben ejecutar las tareas y entregas por parte del contratista, son castigadas con multas¹⁰⁸ así como los retardos indebidos de pagos dentro de los plazos estipulados en el contrato se sancionan de forma pecuniaria, administrativa o penal, según el caso.¹⁰⁹

Principio de concurrencia

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

Al promover la concurrencia del mayor número posible de ofertas, la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista.¹¹⁰

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

El principio jurídico de la concurrencia o no discriminación afianza la *posibilidad de competencia y oposición* entre los interesados en la futura contratación. A su vez, implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento. Por ello, resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de bases y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación.¹¹¹

García de Enterría y Fernández, de forma directa, clara y simple, nos comentan: “La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la

108 *Ibíd.*, art. 71.

109 *Ibíd.*, art. 101.

110 Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, 73.

111 Dromi, *Licitación pública*, 99.

contratación con la administración".¹¹² Es evidente que este principio salvaguarda el cumplimiento de algunos objetivos que persigue la contratación pública: calidad, ahorro y oportunidad, que, sin una abierta participación de la mayor cantidad posible de concursantes, serían muy difíciles de alcanzar.

Principio de transparencia

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

Al iniciar el análisis, tomamos prestadas partes de citas de sendos fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional colombianas, realizadas por Jaime Santofimio para presentar los alcances de este principio. La primera dice que "Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina".¹¹³

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

No obstante, con una visión más completa, a nuestro parecer, la Corte Constitucional colombiana señala que el principio de transparencia "[...] garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas".¹¹⁴

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

La licitación pública es un procedimiento que hace viable la *diafanidad* del obrar público, fundamentalmente como hemos dicho, en el manejo de los fondos públicos, pero también del obrar privado, esto es de quienes participan en condiciones de igualdad y competencia en este procedimiento. Así, todos

112 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. I (Bogotá: Temis / Palestra, 2008), 689.

113 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, "Sentencia", exp. 17088, 19 de diciembre de 2000. Ver Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, 189.

114 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia C-128", 18 de febrero de 2003. Ver Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, 190.

los oferentes que se presentan a un procedimiento licitatorio y que cumplen con las exigencias legales y del pliego (que es la ley del contrato), tienen asegurada, entre otras, la garantía de exigir que todas las propuestas presentadas coincidan estrictamente con el pliego de condiciones, y en esa medida se lo considerará éticamente valioso.

Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.¹¹⁵

En forma más sencilla, Parra Gutiérrez señala: “Conforme a este principio la escogencia del contratista se efectuará mediante el proceso de licitación o de concurso público, y los interesados podrán conocer y controvertir las actuaciones administrativas, las cuales a su vez serán públicas, y los actos administrativos salvo los de trámite serán motivados”. Y más adelante señala, reforzando aún más la tesis de que la transparencia no se agota con la publicidad y la concurrencia: “Claro está que cuando se contrata directamente no es que dicha contratación deje de ser transparente. La transparencia como principio se cumple cuando la adjudicación es el resultado de la imparcialidad y objetividad”.¹¹⁶

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

En lo contractual se relaciona con el propósito legal de que la conducta pública no solo parezca sometida al precepto superior obligatorio, sino que en verdad lo cumpla. Se refiere entonces a la escogencia del particular contratista, llamada a caracterizarse por limpia, ajustada a derecho y ampliamente divulgada. La ley cree que se garantiza con la *licitación* y el *concurso públicos* (sic).¹¹⁷

La transparencia, en materia de contratación pública, busca como resultado una elección objetiva de la mejor oferta posible en el mercado para satisfacer la necesidad pública, dentro del marco normativo existente y en un ambiente de publicidad y predictibilidad. Si el sistema fuera simple, entonces la mejor selección sería la que alcance mayor valor por el dinero invertido, atendiendo a las condiciones económicas y técnicas de las ofertas. Si el sistema, como en el caso ecuatoriano, exige aplicar preferencias para el cumplimiento de objetivos de política pública, entonces el objetivo será alcanzar una contratación equilibrada, con ponderación asociada a

115 Dromi, *Licitación pública*, 15.

116 William René Parra Gutiérrez, *Los contratos estatales*, 4.ª ed. (Bogotá: Librería del Profesional, 1999), 206.

117 Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos estatales* (Bogotá: Temis, 2007), 40.

las condiciones técnicas y económicas, pero además, atendiendo a los fines sociales, ambientales, productivos, etc.

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

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

Al dotar de más transparencia a la contratación pública no solo se busca coadyuvar al control de las prácticas corruptas sino que también se persiguen otros objetivos: se promueve la igualdad y la no discriminación entre los proveedores, se facilita la participación de contratistas que no están habituados al funcionamiento del sistema y sus procedimientos, se amplía (sic) la base de oferentes y proveedores del Estado, se mejora el proceso de toma de decisiones de la administración contratante, se expone al público y al escrutinio social la gestión de la administración, se promueve el cumplimiento de las reglas de juego y se hacen más predecibles los resultados de los procesos de contratación.¹¹⁸

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

Respecto al objetivo de evitar la discrecionalidad en la contratación pública, es necesario hacer algunas puntualizaciones. En origen, la discrecionalidad en el ámbito del derecho administrativo se concebía como actuación no sujeta a reglas y, además, inimpugnable, “la expresión *acte discrétionnaire ou de pure administration* comenzó a ser utilizada a principios del siglo XIX en Francia. Significaba una libre actuación de la administración no sujeta a regla alguna”.¹¹⁹ Desde luego, esta condición es contraria al Estado de derecho, y sería criticable si se presentara en la contratación pública en esa dimensión.

Gordillo diferencia entre facultades regladas y facultades discrecionales. Cuando se actúa bajo facultad reglada “[...] la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene

118 Suárez y Laguado, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina*, 5.

119 Domingo Juan Sesin, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*. Nuevos mecanismos de control judicial, 2.ª ed. (Buenos Aires: Lexis Nexis / Depalma, 2004), 83.

otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto".¹²⁰

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

la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto o cual es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.¹²¹

Santofimio, de su parte, nos comenta lo siguiente:

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

Es evidente que, si la discrecionalidad implica falta de reglas y actuación con criterios subjetivos, podríamos tener un riesgo de desviación de las buenas prácticas, o mejor dicho, en repudiadas actuaciones arbitrarias.

Ahora bien, de manera general podríamos decir que los riesgos de discrecionalidad, o más bien de arbitrariedad, están localizados en algunos pasajes del íter contractual y estos son: oportunidad para iniciar un procedimiento de contratación, escoger el procedimiento adecuado para la selección del contratista, las especificaciones o características que determinarán la escogencia, la apreciación y valoración dentro de la selección misma de ofertas, y las alternativas de adjudicar o declarar desierto, cuando se fundamente en la causal c del art. 33 de la LOSNCP.¹²³

120 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, parte general*, t. 1, 8.ª ed. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003), X-10.

121 *Ibid.*, X-11.

122 Santofimio, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, 122.

123 Artículo 33.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos: [...].

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas [...] (este artículo fue sustituido por el art. 5 de la LOSNCP, Registro Oficial 100-25, 14 de octubre de 2013).

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

En cuanto a la selección del contratista, el análisis de las ofertas deben realizarlo los comités técnicos, allí donde procedan, y la autoridad que adjudica, en último término. Pero no obstante aquello, esa selección debe darse en función de requisitos que deben constar en los pliegos, y aquí nuevamente cabe la intervención preventiva del SERCOP, quien podría dar lineamientos específicos para cada tipo de contratación.

En definitiva, lo que deben tomar en cuenta los servidores públicos que intervienen en la calificación y selección de ofertas es fundamentar sus decisiones, bien en normas jurídicas, bien en los requerimientos de los pliegos, bien en la lógica propia de la contratación y las finalidades de la misma, pero nunca una decisión puede tomarse por mero antojo o arbitrariedad. El problema, en definitiva, no es la discrecionalidad, que en contratación pública es necesaria, puesto que no puede estar escrita en la ley la forma de evaluar la oferta determinada de un procedimiento específico, y los criterios a ponderar.¹²⁴ No obstante, sí debe ser rechazada la arbitrariedad, es decir, la toma de decisiones sin suficiente motivación y sustento, amparada en consideraciones subjetivas, privilegios no previstos en la norma o intereses propios o de terceros.¹²⁵

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

Además, toda decisión en contratación pública deberá observar la prescripción constitucional del art. 76, lit. 1), en cuanto a la motivación.¹²⁶

124 Fiorini considera que la discrecionalidad no es producto de la falta de ley, sino para alcanzar la concreción de un precepto legal indeterminado, es decir, hay discrecionalidad cada vez que el funcionario público debe sustentar o motivar su decisión. De allí que la discrecionalidad no es indeseable (como sí lo es la arbitrariedad) sino una actividad necesaria en la administración pública. Ver Bartolomé Fiorini, *Derecho administrativo*, t. I, 2.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 267-84.

125 De hecho, se plantea que la actividad discrecional tiene límites, entre ellos, la razonabilidad, la proporcionalidad, la desviación de poder, la buena fe y *alterum non laedere*. Ver Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, parte general*, X-21 a X-25 y Fiorini, *Derecho administrativo*, 281-4.

126 Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones

Por ello Fiorini señala: “La discrecionalidad administrativa, expresión de una actividad jurídica, para crear un acto o una norma cuando esta no se ha establecido, se expresa como un juicio de creación para determinar el o los motivos de un acto eficaz”.¹²⁷

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

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

Principio de publicidad

La “publicidad” viene a ser el principio que propicia el conocimiento y la difusión de todo concurso o procedimiento de contratación pública, desde su convocatoria hasta su finalización. Necesariamente exige que todo interesado tenga acceso total a la información relacionada con la contratación, tanto pliegos como todas las decisiones que se tomen dentro del procedimiento.¹²⁸ Dromi reconoce doble repercusión a este principio:

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

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular, v.gr. apertura de las ofertas.¹²⁹

Asimismo, la LOSNCP prevé otros alcances de este principio, no referidos únicamente a un procedimiento, sino al sistema en su conjunto, como por ejemplo publicidad de informes, estadísticas, información del RUP,

o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

127 Fiorini, *Derecho administrativo*, 128.

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

129 Dromi, *Licitación pública*, 104.

información relevante de los procedimientos y expedientes de los mismos, de los planes anuales de contratación, entre otros.¹³⁰

Es importante considerar que la LOSNCP no contempla procedimientos confidenciales, secretos o en definitiva, no públicos, ni tan siquiera parcialmente. Consideramos que la ley debería incorporar algunas normas necesarias para garantizar la confidencialidad de algunas contrataciones cuya información pudiera ser sensible por motivos de seguridad (por ejemplo, contratar el transporte de valores o de billetes).

Inclusive las contrataciones de emergencia, aunque no tengan un procedimiento definido ni se tramiten a través del portal, deberán sujetarse a publicidad posterior. “En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el portal COMPRASPÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos”.¹³¹ No siempre las contrataciones de emergencia están sujetas a publicidad, como nos refiere Cassagne: “Las obligaciones de difusión, empero, hallan excepción conforme a dicho art. 32 en la medida en que se trate de operaciones contractuales secretas, o contrataciones de emergencia, entre otros supuestos”.¹³² En cuanto a la vigencia del principio de publicidad, la legislación ecuatoriana prevé su aplicación irrestricta, aun en supuestos de emergencia.

Principio de participación nacional y la promoción de la participación de artesanos, profesionales, mipymes con ofertas competitivas

El fundamento de este principio y objetivo consta en el tan mentado art. 288 de la CRE, que establece la obligación de priorizar los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la EPS, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

La LOSNCP, en su art. 6, num. 23 define a la *participación nacional* como “Aquel o aquellos participantes inscritos en el RUP cuya oferta se considere de origen nacional”. A su vez, el propio art. 6, num. 21 de la misma ley, reformado por la LORLOSNCP, nos indica que el concepto de origen nacional 1. Origen Nacional: Para los efectos de la presente ley, se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del

130 Ecuador, LOSNCP, art. 10, nums. 15 y 16; art. 14, num. 1; arts. 17, 21, 22, 36 y 47.

131 *Ibid.*, art. 57, inciso final.

132 Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, 79.

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

De las definiciones legales anotadas, se entiende que este principio tiende a promover que en las contrataciones públicas exista la mayor participación posible de proveedores (elemento subjetivo) que cumplan con la condición de ofertar bienes y servicios que agreguen componentes nacionales, para ser considerados de origen ecuatoriano (elemento material). En este sentido, se deja en claro que lo que prima a la hora de calificar la participación nacional no es la nacionalidad de proveedor, sino que su oferta se catalogue como nacional, bajo los parámetros indicados.

Los actores de la denominada EPS, más allá de lo que establece el art. 283 de la propia CRE,¹³³ están identificados en la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria (LOEPS) y del Sector Financiero Popular y Solidario (SFPP),¹³⁴ y sus reformas, a saber: el sector comunitario,¹³⁵ el sector asociativo,¹³⁶ el sector cooperativo¹³⁷ y las unidades económicas populares.¹³⁸

Se trata de unidades económicas a las cuales el Estado ecuatoriano les dará un reconocimiento y tratamiento especial (fomento, promoción e incentivos), debido a su tradicional abandono y aislamiento en el contexto económico y social. Uno de los mecanismos de fomento son las preferencias en la contratación pública, expresadas de la siguiente manera:

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

1. Contratación Pública.- El ente rector del sistema nacional de contratación pública de forma obligatoria implementará en los procedimientos de contratación pública establecidos en la ley de la materia, márgenes de preferencia a favor de las personas y organizaciones regidas por esta ley, en el siguiente orden: Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria; y Unidades Económicas Populares.

133 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 283.- “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene como objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La EPS se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

134 Ecuador, *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011.

135 *Ibíd.*, arts. 15-17.

136 *Ibíd.*, arts. 18-20.

137 *Ibíd.*, arts. 21-72.

138 *Ibíd.*, arts. 73-77.

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

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

Dado que la LOSNCP es anterior a la CRE, no incluyó originalmente a los agentes de la EPS dentro de su normativa, pero esto no era óbice para la aplicación de las preferencias establecidas en la legislación analizada, especialmente la LOEPS y el COPCI.¹³⁹ A partir de la expedición de la LORLOSNCOP, los actores de la EPS tienen cabida expresa en la LOSNCP.¹⁴⁰

Asimismo, las mipymes ya cuentan con una identificación propia, incluida no en la LOSNCP, sino en el COPCI. Esta categorización se realizará en función de dos indicadores: ingresos anuales y número de trabajadores.¹⁴¹

¹³⁹ Ecuador, *COPCI*, art. 4, lit. q); art. 5, lits. e) y g) y art. 22.

¹⁴⁰ Ecuador, *LOSNCOP*, artículo 25.2. (introducido por la LORLOSNCOP). Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la EPS y mipymes.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la EPS y mipymes, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación. La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

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

1. Actores de la EPS;
2. Microempresas;
3. Pequeñas empresas; y,
4. Medianas empresas.

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

¹⁴¹ Ecuador, *COPCI*, artículo 53.- Definición y Clasificación de las mipymes.- La mipyme es toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código.

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

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

a) Compra de inclusión

Consiste en un estudio que deben realizar las entidades antes de iniciar los procedimientos precontractuales, cuya finalidad es propiciar la participación local de artesanos y micro y pequeñas empresas (MIPE) dentro de las contrataciones.¹⁴² Los resultados de ese estudio podrían sugerir contrataciones directas con estos agentes, o tal vez subcontrataciones con ellos, de parte del contratista.

b) Ferias inclusivas

Estos procedimientos¹⁴³ implican el encuentro de la demanda con la oferta que permite la participación, en calidad de proveedores, únicamente de los productores individuales, las organizaciones de la EPS, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas. En principio, no se establece ningún tipo de monto contractual para su aplicación, pero sí hay que notar que los sujetos antes indicados, para gozar de la preferencia, deben ofertar bienes, obras o servicios de producción nacional. Debería ser el primer tipo de procedimiento que se tenga en consideración en la planificación de las adquisiciones.

c) Contratación preferente

Este concepto se refiere al mecanismo para privilegiar a las MIPE, artesanos o profesionales, y sectores de la EPS, de manera individual o asociativa.¹⁴⁴

142 El art. 6, num. 4 de la LOSNCP define a este estudio y el art. 23 de la misma ley reitera la obligación del estudio de compras de inclusión que se incorporará a los pliegos precontractuales.

143 Ecuador, *LOSNCP*, art. 6, num 13. Feria Inclusiva: Evento realizado al que acuden las entidades contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento.

Artículo 59-1 (reformado por la LORLOSNCP).- Feria Inclusiva.- La Feria Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la EPS, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

144 *Ibíd.*, Artículo 52 (reformado por la LORLOSNCP).- Contratación Preferente.- En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con

Originalmente, en la LOSNCP, esta preferencia se aplicaba únicamente en los procedimientos de cotización y menor cuantía tanto para adquisiciones de bienes y servicios como para obras, procesos en que en una primera instancia, los sujetos indicados excluían a las medianas y grandes empresas.

No obstante, la LORLOSNCPC ha modificado ese estatus, pues el actual art. 25.2 de la LOSNCP establece que la preferencia se aplicará en todos los procedimientos previstos en la ley, siempre que la oferta se considere de origen ecuatoriano. En efecto, los actores de la EPS y mipymes gozarán de estas preferencias mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros. En otras palabras, si un proveedor de tamaño grande compite con un actor de la EPS o una mipyme, pudiera verse afectado por la aplicación de cualquiera de esos mecanismos.

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

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

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

MIPE, artesanos o profesionales, y sectores de la EPS, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.

Para la contratación de obra que se selecciona por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, MIPE, o sectores de la EPS, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.

Por su parte, el COPCI¹⁴⁵ propone mecanismos específicos para promoción y apoyo de las mipymes y los actores de la EPS, cuya promoción y monitoreo corresponde al SERCOP:

1. Establecer criterios de inclusión para mipymes.
2. Otorgar facilidades a las mipymes para que cuenten con información sobre los procesos en que puedan participar.
3. Procurar la simplificación de trámites para la participación en las compras públicas.
4. Que las entidades contratantes definan en el PAC los bienes, servicios y obras que puedan ser ejecutados por mipymes o actores EPS.
5. Difusión y publicación de oportunidades de negocio y resultados de las preferencias.

Vale la pena reflexionar sobre lo siguiente: la aplicación de cualquier tipo de ventaja o preferencia en favor de estos segmentos de proveedores, puede ocasionar, y de hecho ocasiona, que el Estado no compre un bien u obtenga un servicio en las mejores condiciones de calidad y costo, pues en primer lugar se trata de proveedores que, por lo general y por su propia condición, no incorporan altos estándares tecnológicos en sus procesos, y en segundo lugar, por el hecho de eliminarse de la competencia a una parte de los posibles oferentes. El resultado puede ser entonces que se adquieran productos más caros con los recursos públicos. Estaríamos frente a un subsidio indirecto, pues existe un desembolso de recursos del Estado hacia un segmento determinado de la población.

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

El primero de ellos implica también la adopción de medidas de acción afirmativa (discriminación positiva) que promuevan la igualdad real en

145 Ecuador, *COPCI*, artículo 55.- Compras públicas.- Las instituciones públicas estarán obligadas a aplicar el principio de inclusión en sus adquisiciones. Para fomentar a las mipymes, el Instituto Nacional de Compras Públicas deberá incentivar y monitorear que todas las entidades contratantes cumplan lo siguiente:

- a) Establezcan criterios de inclusión para mipymes, en los procedimientos y proporciones establecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública;
- b) Otorguen todas las facilidades a las mipymes para que cuenten con una adecuada información sobre los procesos en los cuales pueden participar, de manera oportuna;
- c) Procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del Estado; y,
- d) Definan dentro del plan anual de contrataciones de las entidades del sector público, los bienes, servicios y obras que puedan ser suministrados y ejecutados por las mipymes.

El INCOP mantendrá un registro actualizado de las compras realizadas a la EPS y a las mipymes y divulgará estos beneficios a la ciudadanía, así como los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones. Las mismas obligaciones y parámetros técnicos para las compras inclusivas se deberán aplicar para beneficiar a los actores de la EPS.

favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.¹⁴⁶ El derecho a participar del mercado público lo tienen todas las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para ofertar bienes y servicios al Estado, pero al tratarse de un tema de competencia y aprovechamiento de economías de escala, tienen mucha mayor aptitud para ganar los concursos aquellos proveedores considerados medianos o grandes. Por esa razón el tantas veces mencionado art. 288 de la CRE prioriza especialmente las ofertas de los actores de la EPS y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

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

1. Democratización del acceso a los factores de la producción;¹⁴⁷
2. Promoción de las actividades de la EPS, así como la inserción y promoción de su oferta productiva estratégicamente en el mundo;¹⁴⁸
3. Transformación de la matriz productiva a través de la implementación de una política comercial al servicio del desarrollo de todos los actores productivos del país, en particular, de los actores de la EPS y de las mipymes;¹⁴⁹
4. Transformación de la matriz productiva a través de la mejora de la productividad de los actores de la EPS y de las mipymes, para participar en el mercado interno, y, eventualmente, alcanzar economías de escala y niveles de calidad de producción que le permitan internacionalizar su oferta productiva;¹⁵⁰
5. Elaboración de programas y proyectos con financiamiento público para: recuperación, apoyo y transferencia tecnológica, investigación, capacitación y mecanismos comercialización y de compras públicas.¹⁵¹

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

146 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*: art. 11, num. 2, inciso final.

147 *Ibíd.*, art. 4, lit. b) y art. 59.

148 *Ibíd.*, art. 4, lit. q).

149 *Ibíd.*, art. 5, lit. e).

150 *Ibíd.*, art. 5, lit. g).

151 *Ibíd.*, art. 22, lit. b).

La eficiencia y la modernización de la contratación pública

A nuestro juicio, a la LOSNCP se le olvidó incorporar como principio al de eficiencia (mencioando en el art. 288 de la CRE), pero entre sus objetivos se encuentran los de agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna y modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.

Bibiloni define a la eficiencia “como la obtención de resultados con menores recursos o logrando mayores impactos o beneficios”.¹⁵²

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

Parra Gutiérrez, al referirse a la economía, dice que “Según este principio, en el proceso de selección las autoridades deben realizar únicamente las actividades estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta, señalando términos preclusivos y perentorios”.¹⁵³

La segunda proyección del principio de eficiencia se enfoca en conseguir la mejor solución posible al precio óptimo. No necesariamente debemos referirnos al precio más barato como el más eficiente, sino al mejor precio luego de haberse verificado el cumplimiento de características técnicas de calidad, funcionalidad y disponibilidad, que satisfagan las necesidades del ente contratante.

El contenido de este principio se suele asociar con el concepto de *value for money*, valor por dinero o relación calidad-precio, que se define de la siguiente manera: “A utility derived from every purchase or every sum of money spent. Value for money is based not only on the minimum purchase price (economy) but also on the maximum efficiency and effectiveness of the purchase”.¹⁵⁴

152 Homero Bibiloni, “Los efectos de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones”, en *Temas de derecho administrativo*, dir. Carlos Botassi (La Plata: Librería Editora Platense, 2003), 191.

153 Parra, *Los contratos estatales*, 207.

154 Business Dictionary, “Definición de *value for money*”, accedido agosto de 2019, <http://www.businessdictionary.com/definition/value-for-money-VFM.html>. “Una utilidad derivada de cada compra o cada suma de dinero gastada. La relación calidad-precio se basa no solo en el menor precio de compra (economía), sino también en la máxima eficiencia y eficacia de la compra” (traducción propia).

La eficiencia entraña agilidad y simplificación, signos de ello encontramos en tiempos más cortos de los procesos, procedimientos de compra dinámicos, existencia de modelos de documentos precontractuales, y en general, el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) al servicio de la contratación pública. Y para hablar del uso de las TIC, es necesario referirnos a tres disposiciones constitucionales que indican que todas las personas tienen derecho al acceso universal de las TIC, especialmente las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan en forma limitada¹⁵⁵ y en el énfasis que se debe poner en el desarrollo de tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional.¹⁵⁶

La modernización de los procesos de contratación pública implica una labor de reingeniería legal, reglamentaria y operativa para que, en todas las etapas de la contratación pública, se establezcan y cumplan principios de eficiencia. La gran reforma de 2008 alcanzó en este sentido:

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

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

155 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 16, num. 2; art. 17, num. 2.

156 *Ibíd.*, art. 385, num. 3.

El modelo institucional

Para el análisis del modelo institucional, partamos de la recomendación efectuada por el MESICIC, referente a fortalecer los mecanismos de control del sistema de contrataciones del Estado, para lo cual se sugirió como medida, la siguiente:

Crear un organismo rector de la contratación pública, a la cual (SIC) se sujetarían todos los organismos y dependencias del Estado sin excepción, el cual promovería la formulación de información y estadísticas, desarrollaría procedimientos estandarizados, promovería la capacitación y profesionalización de los funcionarios públicos, desarrollaría un registro de proveedores, mantendría una lista de precios unitarios y planificaría la contratación pública con una visión de desarrollo social.¹⁵⁷

Claramente se nota que el perfil de ente rector que sugiere el MESICIC es el de un organismo con facultades más administradoras que ejecutoras. Tampoco da mucha relevancia a un aspecto, para nosotros, clave, como es la regulación. En todo caso, el Comité de seguimiento destaca que, luego de la explicación realizada por Ecuador, esta recomendación ha sido “[...] considerada satisfactoriamente”.

Resta añadir que “La creación de organismos rectores es el elemento común en la implementación de la política de contratación pública en América Latina”,¹⁵⁸ aunque se debe reconocer que existen distintos modelos.

La actuación de la administración pública puede tener varias facetas: planificación, fomento, prestación de servicios públicos, control y vigilancia, policía administrativa, regulación o gestión económica.

La facultad de regulación sin duda es la más trascendente dentro del accionar del ente rector, y ella no interfiere de forma alguna con la capacidad de expedir leyes que tiene la asamblea legislativa, ni la facultad reglamentaria propia del presidente de la República. Santofimio nos ilustra:

En la reciente evolución de las actividades estatales resulta innegable que también es peculiar a la actividad administrativa el ejercicio de ciertas potestades tendientes a la habilitación de las autoridades para expedir normas o, en algunos casos, regulaciones de carácter general subordinadas y dependientes de la Constitución y de la ley, que abordan materias y áreas específicas que

157 MESICIC, “República del Ecuador. Informe final” (aprobado en la sesión plenaria del 25 de marzo de 2010), *Decimosexta Reunión del Comité de Expertos*, 22 al 26 de marzo de 2010, Washington DC, accedido agosto de 2019, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf.

158 Hernán Moreno Escobar, “Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública de América Latina: sistemas de compras y contratación”, Taller Avances en gobierno electrónico para mejorar la Transparencia, CEPAL, Naciones Unidas, 2010, 12, accedido agosto de 2019, <http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf>.

por sus complejidades o en virtud de procesos de descentralización ameritan este tipo de desarrollo. Se concreta esta actividad administrativa con la presencia de regulaciones por parte de organismos públicos especializados o de autoridades expresamente habilitadas, al igual que en el ejercicio de la potestad reglamentaria; con la expedición de actos administrativos de carácter general, la promulgación de órdenes, directivas, circulares y demás disposiciones que impliquen, independientemente del nombre, que se les otorgue el establecimiento de normas o disposiciones de diversos contenidos determinantes de la conducta a seguir por los asociados o incluso por las mismas autoridades públicas.¹⁵⁹

Este rol de regulador del mercado público puede ser ejercido bien sea con la expedición de documentos modelos o “estándar” o con la expedición de actos normativo-regulatorios necesarios para encauzar las actuaciones de los operadores públicos y privados dentro de la contratación pública.

En otra faceta, el fomento es entendido como “[...] el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas propias de todo Estado social de derecho”. El mismo autor Santofimio más adelante señala:

El fomento se materializa a través de la adopción de medidas económicas como primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos a la industria, al comercio, y asimismo en decisiones de carácter jurídico a través del otorgamiento de concesiones, privilegios, explotaciones y operaciones por los sujetos particulares.¹⁶⁰

Gaspar Ariño señala sobre la actividad de fomento: “En ella, el Estado permanece también fuera de la actividad pero ello influye sobre ella, mediante estímulos económicos a las fuerzas sociales, para imprimir en ellas un determinado sentido”.¹⁶¹

Si bien es cierto, el SERCOP no es una agencia que ejecuta o asigna recursos para acciones de fomento, sin embargo, sí administra mecanismos de incentivo a la producción nacional, a las mipymes y a los actores EPS. En ese sentido, al administrar y aplicar criterios de preferencia y priorización de esos sectores dentro del mercado público, eminentemente realiza actividades que tienden al fomento.

Las actividades de control, vigilancia, supervisión y sanción propiamente son desempeñadas por los organismos de control (llámense Contraloría, Auditoría General, Tribunal de Cuentas, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social —CPCCS— o superintendencias).

159 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Introducción*, t. I, 3.ª ed. (Bogotá: UEC, 2003), 41.

160 *Ibid.*

161 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico* (Bogotá: UEC, 2003), 295.

Sus competencias se extienden sobre actividades públicas y privadas, tales como las bancarias, societarias, bursátiles, educativas, de telecomunicaciones, y en general de servicios públicos y explotación de recursos estratégicos. No obstante, el ente rector puede asumir un rol preventivo y de alerta a las autoridades de control cada vez que conozca el cometimiento de infracciones.¹⁶²

Las facultades del ente rector de compras públicas

En este apartado, vamos a esbozar un modelo institucional para la rectoría de la contratación pública, proponiendo sus principales facultades extraídas desde la comparación de otras realidades institucionales latinoamericanas: Chile¹⁶³ con la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante, ChileCompra) y el Tribunal de Contratación Pública;¹⁶⁴ Colombia¹⁶⁵ con la Agencia Nacional de Contratación Pública (en adelante, Colombia Compra Eficiente), Panamá¹⁶⁶ con la Dirección General de Contrataciones Públicas (en lo restante, PanamaCompra) y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas;¹⁶⁷ Paraguay¹⁶⁸ con la Dirección

162 En general, los entes de regulación aparecen a partir del fenómeno privatizador, en que el Estado deja de ser ejecutor y pasa a ser garante de la prestación de servicios públicos. Este no es el caso del SERCOP, puesto que no actúa frente a los servicios públicos, y los efectos de sus actuaciones no solo afectan a los prestadores delegados, sino a entidades públicas contratantes y proveedores o contratistas del Estado. No obstante, es interesante considerar que a los entes reguladores se les concede potestades de fiscalización, control, prevención, imposición de sanciones, poderes reglamentarios, resolución de controversias, entre otras. Ver Cassagne, *Derecho administrativo*, 347-76.

163 ChileCompra, *Normativa de compras públicas. Ley n.º 19886 y su reglamento*, accedido diciembre de 2019, <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/03/reglamento2016-octubre.pdf>.

164 Con competencias dentro de la facultad resolutive.

165 Colombia, *Decreto 4170*, 3 de noviembre de 2011, por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura, accedido diciembre de 2019, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>.

Colombia, *Decreto 1082*, 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, accedido diciembre de 2019, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019920>.

Colombia, *Decreto 92*, 23 de enero de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política, accedido diciembre de 2019, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>.

166 Panamá, *Ley 22. Contratación Pública*, 27 de junio de 2006, accedido diciembre de 2019, <http://www.panamacompra.gob.pa/Inicio/#!/legislacion/Leyes>.

167 Con competencias dentro de la facultad resolutive.

168 Son tres leyes las que fundamentalmente nos servirán de base para este análisis: la Ley 2051 “De Contrataciones Públicas”, aprobada por la Cámara de Diputados en noviembre de 2002 y sus reformas; la Ley 3439 que modifica la Ley 2051/03 “De Contrataciones Públicas” y establece la

Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP); Perú¹⁶⁹ con los siguientes órganos: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), Tribunal de Contrataciones del Estado y la Central de Compras Públicas —Perú Compras—; y, Uruguay¹⁷⁰ con la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE). Todos ellos tienen organismos rectores de la contratación pública con institucionalidad comparable al SERCOP; sistemas informáticos de contratación pública que se rigen bajo los mismos parámetros de funcionamiento del SOCE; y, porque la forma de Estado es unitario, no así países como Argentina, Brasil o México que cuentan también con modelos institucionales interesantes, pero distintos al ecuatoriano por ser países federales.

Facultad reguladora

A nuestro juicio es la más importante facultad del ente rector de las contrataciones públicas. Anteriormente, en Ecuador las regulaciones en este ámbito provenían de la ley, el reglamento, y las reglamentaciones particulares de cada entidad contratante para contratos de cuantías menores y requisitos para formar parte del listado de proveedores institucional, lo que implicaba una descentralización, atomización y proliferación de

Carta Orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, aprobada por la Cámara de Senadores en noviembre de 2007; y, la Ley 4558 que establece mecanismos de apoyo a la producción y empleo nacional, a través de los procesos de contrataciones públicas, aprobada por la Cámara de Senadores en septiembre de 2011. Paraguay, *Ley 2051. De contrataciones públicas*, 11 de noviembre de 2013; Paraguay, *Ley 3449. Modificación a la Ley 2051/03. De contrataciones públicas*, accedido diciembre de 2019, https://www.contrataciones.gov.py/buscador/marco-legal.html?nro_nombre=2051&tipo_norma=1&tipo_resolucion=&redactor=&fecha_desde=&fecha_hasta=&order=&page=1.

169 Perú ha creado un sistema con tres órganos principales que tienen que ver con el funcionamiento de sus contrataciones públicas, uno más orientado a las facultades de regulación, administración, promoción y verificación y control (OSCE), otro con atribuciones asociadas a las facultades resolutoria y sancionatoria (Tribunal de Contrataciones del Estado) y el tercero más ejecutor (Perú Compras). Las normas que los regulan son: Perú, *Decreto Supremo 082-2019-EF*, 13 de marzo de 2019, mediante la cual se publica el *Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225*, 11 de julio de 2014, accedido diciembre de 2019, <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/266672-082-2019-ef>; y el *Decreto Legislativo n.º 1018*, que crea la Central de Compras Públicas Perú Compra, 3 de junio de 2008, accedido diciembre de 2019, <https://www.perucompras.gob.pe/archivos/leyes/decreto-legislativo-1018.pdf>.

170 Las normas base del análisis son las siguientes: la Ley 18.362 de 06, de octubre de 2008 mediante la cual se creó la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE); la Ley 18.834, de 04 de noviembre de 2011 que introdujo modificaciones en la normativa de contrataciones estatales y ampliación de la competencia de ACCE; y la Ley 18.996, de 07 de noviembre de 2012, mediante la cual se modifica la estructura de ACCE. Toda esta normativa se encuentra compilada en: Uruguay Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, *Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF)*, 1 de junio de 2012, accedido diciembre de 2019, <https://www.gub.uy/agencia-compras-contrataciones-estado/institucional/creacion-y-evolucion-historica>.

entidades con capacidad de regulación, es decir, un escenario verdaderamente caótico. De otra parte, existían muchas áreas carentes de una adecuada regulación que encauzara la discrecionalidad de la administración pública en el ciclo de la contratación. El esquema actual, al contrario, es el de la centralidad normativa. Esta capacidad reguladora se manifiesta fundamentalmente a través de dos cauces: los actos normativos (en el caso ecuatoriano se denominan resoluciones, pero pueden ser directivas, instructivos, circulares, normas técnicas, etc.) con efectos *erga omnes*, necesarios para reglar aspectos técnicos y operativos que ni las leyes ni los reglamentos alcanzan; y los modelos de documentos precontractuales o pliegos licitatorios, que contienen los marcos procedimentales, términos de referencia o especificaciones técnicas, según sea el caso, criterios de participación, de evaluación y de adjudicación, formularios y las condiciones contractuales incluido el contrato tipo. Debemos concluir que es propio de una entidad rectora tener capacidad reguladora, lo que traerá certeza al sistema jurídico en cuanto a la aplicación técnica del bloque de legalidad. Por supuesto, siempre puede existir el riesgo de una mala utilización de esta capacidad reguladora, a través de la expedición de directrices que vayan más allá de la ley. También pudiera existir un riesgo de sobre regulación, cuando se expiden tantas regulaciones que, en lugar de orientar y encauzar, confunden y agobian a los ejecutores.

A continuación:

Situaciones particulares de los modelos comparados

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP ¹⁷¹	<ul style="list-style-type: none"> • Dictar la normativa y metodología para que las entidades contratantes realicen el estudio de desagregación tecnológica. • Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la LOSNCP. • Establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS. • Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública; así como para compras corporativas. • Dictar normas administrativas, manuales, regulaciones e instructivos relacionados con la ley.
Chile: ChileCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.

171 Ecuador, LOSNCP, art. 6, nums. 10 y 24; art. 10, nums. 3, 5, 8 y 9; art. 21; art. 23; art. 27; art. 29 y art. 52.

<p>Colombia: Colombia Compra eficiente</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proponer al Gobierno nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. • Expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. • Establecer los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones. • Diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública: 1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios; 2. Manuales y guías para: a) la identificación y cobertura del riesgo; b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y, d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; 3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación; 4. Minutas tipo de contratos. • Establecer los lineamientos para el manual de contratación con el que deben contar las entidades contratantes. • Expedir la guía que establezca las pautas y criterios aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público.
<p>Panamá: PanamaCompra</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dictar actos administrativos que garanticen la aplicación de la ley y que posibiliten su propio funcionamiento y su interrelación con los demás organismos. • La estandarización de los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación. • Emitir las políticas y lineamientos generales para el diseño, la implementación y el funcionamiento del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” en coordinación con la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental.
<p>Paraguay: DNCP</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Diseñar y emitir las políticas generales de contratación pública. • Dictar resoluciones respecto al planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución contractual, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de bienes, contratación de servicios, consultorías y obras públicas. • Elaborar y difundir manuales de procedimientos y pliegos estándares de uso obligatorio para las entidades, organismos y municipalidades. • Reglamentar las funciones y atribuciones de las unidades operativas de contratación y establecer los requisitos mínimos que deberán poseer los titulares de las mismas para su designación. • Establecer los parámetros de elaboración y dictar las normas para la aplicación de las fórmulas de reajuste de precios de los contratos a ser suscritos por las entidades, organismos y municipalidades. • Establecer las políticas generales de gobierno electrónico en el ámbito de las contrataciones públicas y dictar los lineamientos técnicos y administrativos para el uso de los medios remotos de comunicación electrónica. • Elaborar para cada ejercicio fiscal propuestas de normas inherentes a contrataciones públicas para ser insertadas en el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación.

Perú: OSCE Perú Compras	OSCE: <ul style="list-style-type: none"> • Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia. Perú Compras: <ul style="list-style-type: none"> • Promover la subasta inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que son provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados.
Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • Dictar normas técnicas y recomendaciones sobre materias de su competencia, así como normas de calidad de productos y servicios coordinando con organismos de normalización y certificación y con el Instituto Nacional de Calidad. • Determinar los lineamientos estratégicos del órgano desconcentrado del poder ejecutivo, Unidad Centralizada de Adquisiciones, sin perjuicio de su autonomía técnica.

Facultad administradora

En cuanto a la facultad administradora, es obvio que al crearse un sistema que involucra a diferentes organismos, procedimientos, normativas, instrumentos y objetivos, es necesario que exista un ente administrador y coordinador. Existen herramientas que viabilizan la operación y funcionamiento del sistema, como son el portal electrónico, el registro de proveedores, los clasificadores de bienes y servicios, los procedimientos electrónicos, el registro de incumplimientos y el registro electrónico de los contratos, instrumentos que deben ser desarrollados, operados, mantenidos y administrados por una institución que tenga esa finalidad.

Los países analizados en la comparación nos enseñan sus particularidades al respecto:

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP ¹⁷²	<ul style="list-style-type: none"> • Determinar el giro específico y el giro común de las empresas públicas para determinar su régimen de contratación. • Administrar el RUP. • Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (Compras públicas). • Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado. • Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados. • Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados. • Administrar los mecanismos para verificar inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano. • Determinar la no existencia de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional para la participación de la consultoría extranjera. • Administrar el registro de incumplimientos, que incluirá a los adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos. • Administrar el registro público electrónico de los contratos. • Mantener un registro actualizado de las compras realizadas a la EPS y a las mipymes.
Chile: ChileCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Licitación la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas, con la posibilidad de que la Dirección de Compras y Contratación Pública pueda operar directamente el sistema, en aquellos casos que señale el reglamento. • Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores.
Colombia: Colombia Compra Eficiente	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar y administrar el SECOP o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el consejo directivo. • Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales.
Panamá: PanamaCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Implementar y establecer las condiciones de funcionamiento y de organización del registro de proponentes para contrataciones electrónicas, del registro de contratos y del registro de contratistas inhabilitados y sancionados. • Confeccionar, estructurar y administrar el catálogo electrónico de productos y servicios, así como desarrollar, organizar, operar, controlar los procesos y recursos, evaluar, fiscalizar y administrar eficazmente el sistema electrónico de contrataciones públicas PanamaCompra.

172 Ecuador, *LOSNCOP*, art. 2, num. 8; art. 6, num. 29; art. 10, nums. 4, 5, 6, 7 y 11; art. 16; art. 21; art. 26; art. 25.2., añadido por la *LORLOSNC*; arts. 35 y 37 (reformado por la *LORLOSNC*), arts. 44, 97 y 98. Ecuador, *COPCI*, art. 55.

Paraguay: DNCP	<ul style="list-style-type: none"> • Crear y mantener el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) el que estará conectado al Sistema Integrado de Administración de Recursos del Estado. • Crear, mantener y administrar un registro de oferentes, proveedores y contratistas inhabilitados, así como un Sistema de Información de Proveedores del Estado, son atribuciones importantes. • Implementar el uso de la firma electrónica o digital así como diseñar, administrar y mantener el catálogo de bienes y servicios, de utilización obligatoria para las entidades, organismos y municipalidades.
Perú: OSCE	<ul style="list-style-type: none"> • Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP). • Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE). • Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un banco de laudos arbitrales sobre contratación pública en el que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros. • Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.
Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar y mantener el RUP del Estado al servicio de las administraciones públicas estatales y de las empresas proveedoras de los mismos. • Desarrollar y aplicar el catálogo común de bienes y servicios adecuados para el intercambio de información entre los organismos públicos. • Desarrollar y mantener el sitio web de compras y contrataciones estatales donde las administraciones públicas estatales publiquen la información referida a contrataciones de obras, bienes y servicios, de forma tal que constituya una herramienta de transparencia puesta a disposición de la ciudadanía.

Facultad de promoción, difusión y formación

En lo que atañe a la facultad promotora, de difusión y formación, comprende actividades para informar, publicitar, orientar y medir la gestión del SNCP, pasando también por actividades de capacitación, asesoría y certificación de conocimientos y capacidades a los usuarios del SNCP.

No son funciones menores las indicadas, pues el procesamiento de cifras y estadísticas puede ser útil para realizar análisis de mercado, detectar conductas de entidades contratantes o contratistas que riñen con los objetivos del SNCP; establecer patrones de conducta de proveedores y contratistas; identificar oportunidades de mejora o de crecimiento de mercados; construir indicadores de desempeño y una serie de análisis en los que puede intervenir inclusive la inteligencia artificial. Por supuesto, esto además representa un vivo ejercicio de transparencia y de gobierno abierto, pues cualquier persona con acceso al internet podrá conocer realidades contractuales y de gasto público del país.

Es trascendente la incorporación a través de la LORLOSNCNP de la capacidad de certificar a los operadores del SNCP. Más allá de una labor de capacitación y entrenamiento, de lo que se trata es de formar un cuerpo de funcionarios especializados y con el perfil adecuado para ejercer la función de comprador público. De ejercerse adecuadamente esta atribución, se reducirían drásticamente los errores de procedimiento y se alcanzaría un mejor desempeño de la contratación pública. A continuación destacamos las particularidades de esta facultad en los distintos países de la comparación.

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP ¹⁷³	<ul style="list-style-type: none"> • Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el directorio. • Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública. • Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública. • Capacitar y certificar a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del SNCP. • Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del SNCP sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema. • Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del SNCP y en particular los procesos previstos en esta ley. • Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP. • Incentivar que las entidades contratantes cumplan la aplicación de criterios de inclusión e incentivos para la participación de mipymes y actores de la EPS. • Divulgar a la ciudadanía los beneficios de las compras realizadas a la EPS y a las mipymes, así como los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones.
Chile: Chile Compra	<ul style="list-style-type: none"> • Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual. • Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. • Ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por esta.

¹⁷³ Ecuador, *LOSNCNP*, art. 10 (reformado por la LORLOSNCNP), nums. 2, 10, 12, 13, 15, 16 y 17; art. 6, num. 4. Ecuador, *COPCI*, art. 55.

Colombia: Colombia Compra Eficiente	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, con el fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas. • Hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública. • Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general. • Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales. • Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los participantes en el proceso contractual. • Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública.
Panamá: PanamaCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Absolver consultas en materia de implementación y aplicación de la ley. • Asesorar a las entidades públicas en la planificación y gestión de sus procesos de contrataciones. • Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. • Ejercer una labor de difusión hacia los proveedores potenciales de la administración, de las normativas, los procedimientos, y las tecnologías utilizadas.
Paraguay: DNCP	<ul style="list-style-type: none"> • Asesorar, capacitar y dar orientación a las unidades operativas de contratación. • Realizar procedimientos de avenimiento cuando las partes lo requieran. • Fomentar y apoyar el desarrollo de programas de capacitación y especialización académica sobre la contratación pública.
Perú: OSCE Perú Compras	<p>OSCE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados. • Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado. • Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. <p>Perú Compras:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asesorar a las entidades del Estado que realicen compras corporativas facultativas; así como en la planificación y gestión de sus procesos de adquisiciones que realicen de manera institucional.

Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • Asesorar en forma necesaria al poder ejecutivo en la elaboración y seguimiento de políticas de compras públicas, en la consideración de los proyectos de ley que refieran total o parcialmente a dicha materia y, en general, en todo proceso de actualización de la normativa vigente en el área de su competencia. • Asesorar a los organismos dependientes del poder ejecutivo en materia de compras y contrataciones estatales y, mediante convenios, a los demás organismos públicos autónomos. • Realizar la más amplia difusión, preparación de materiales y capacitación en las normativas relativas a las contrataciones del Estado y a las mejores prácticas aplicables, propugnando la aplicación de criterios y procedimientos simples y uniformes que faciliten la tarea de compradores y proveedores. • Asesorar a las administraciones públicas estatales para mejorar su gestión de compras, proponer manuales de procedimientos, sugerir acciones que contribuyan a la eficiencia y eficacia de los procesos. • Asesorar a los proveedores en las mejores prácticas y los procedimientos y herramientas aplicables en los procesos de contratación. • Generar mecanismos que provean información al ciudadano, sobre las contrataciones de las administraciones públicas estatales, de manera actualizada y de fácil acceso, así como en formato abierto, promoviendo la transparencia del sistema y la generación de confianza en el mismo. • Promover el uso de las tecnologías de la información y del conocimiento, siguiendo los lineamientos de gobierno digital, para simplificar los procedimientos, facilitar la labor de compradores y proveedores y obtener información de desempeño de los mismos, como herramientas para la mejora de la gestión y la transparencia del sistema de compras y contrataciones del sector público.
------------------	---

Facultad ejecutora

Bajo el esquema de centralización normativa (que corresponde al ente rector) y descentralización operativa, son las distintas entidades contratantes las que ejecutan los actos y procesos atinentes a la contratación pública en todas sus etapas. No obstante, en algunos casos el ente rector realiza acciones directas en cuanto a selección de proveedores y ejecución de tales procedimientos de selección. Acá nos referimos a esquemas de centralización de compras (unidades que centralizan la compra del gobierno) y de agrupación de unidades compradoras (compras conjuntas o corporativas) o de demanda pública (convenios marco) para aprovechar economías de escala. Los destaques particulares de los países son los siguientes:

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP ¹⁷⁴	<ul style="list-style-type: none"> • Seleccionar y suscribir convenios marco con los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico. • Llevar adelante y coordinar la subasta inversa corporativa, procedimiento de régimen especial para adquirir medicamentos, y suscribir convenios con los proveedores cuyos productos serán ofertados en el repertorio de medicamentos.
Chile: ChileCompra	<ul style="list-style-type: none"> • De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho Convenio Marco, los organismos públicos sometidos a la ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. • Podrá representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos sometidos a la ley, en la licitación de bienes o servicios.
Colombia: Colombia Compra Eficiente	<ul style="list-style-type: none"> • Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el art. 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.
Panamá: PanamaCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Realizar las licitaciones de Convenio Marco
Paraguay: DNCP	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar y administrar su presupuesto; establecer su organigrama, crear y estructurar las dependencias necesarias; y, autorizar las contrataciones por el sistema de abastecimiento simultáneo.¹⁷⁵
Perú: OSCE Perú Compras	<p>OSCE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Designar árbitros. <p>Perú Compras:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Realizar las compras corporativas obligatorias. • Realizar las compras corporativas facultativas que le encarguen otras entidades del Estado. • Realizar las adquisiciones que le encarguen otras entidades del Estado, de acuerdo al convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el valor referencial; así como la aprobación del expediente de adquisiciones y las bases del proceso correspondiente, hasta antes de la suscripción del contrato. • Promover y conducir los procesos de selección para la generación de convenios marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes. • Llevar a cabo los procesos de selección para adquisiciones específicas que se le asignen.

174 Ecuador, *LOSNC*, art. 6, num, 9; art. 43; Ecuador, *RGLOSNC*, Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009, art. 78.

175 En Paraguay, la ley no prevé una clara atribución sobre ejecución de convenios marco, pero sí se la regula en dos Decretos complementarios: 11193/2007 y 1315/2014, los que atribuyen a la DNCP la implementación, desarrollo y supervisión de todas las etapas o fases que componen el procedimiento de la modalidad Convenio Marco.

Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las administraciones públicas estatales podrán desarrollar y administrar un Convenio Marco. La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado autorizará el desarrollo y administración de los convenios marco cuando la propuesta proceda de otra administración pública estatal.¹⁷⁶
------------------	--

Facultad de verificación, control preventivo y sanción

La facultad verificadora, de control y sanción engloba una serie de atribuciones que se enmarcan dentro de lo que pudiéramos definir como control concurrente o control preventivo y también, en algunos casos, control correctivo a través de la aplicación de sanciones de carácter administrativo. Ya se indicó que el SERCOP no es un organismo de control como tal, no solo porque ni la Constitución ni la propia ley lo consideren así, sino porque dichas funciones no corresponden a su vocación institucional. En todo caso, sí coadyuva al control, conforme a las atribuciones que corresponden a esta facultad verificadora. Fiorini caracteriza a la actividad administrativa de control de la siguiente manera: “Este término se utiliza para distintas clases de manifestaciones de la administración pública, pero se identifica con el dato de comprobar el efectivo cumplimiento de la administración por medio de la prevención, el ajuste y la rectificación”.¹⁷⁷ Según esto, las verificaciones que realiza el SERCOP pudieran orientarse hacia la prevención y el ajuste.

Debemos indicar que la primera de sus facultades establecida en el art. 10, num. 1 de la LOSNCP. “Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP” es una amplísima atribución que implica que el SERCOP debería tener potestades coercitivas suficientes para realizar tal exigencia con efectividad.

¹⁷⁶ Se incluye esta referencia dentro de la facultad de ejecución, pese a que el sistema uruguayo no centraliza el Convenio Marco en la ACCE, sino que se permite su desarrollo, procesamiento y ejecución a cualquier administración pública estatal.

¹⁷⁷ Fiorini, *Derecho administrativo*, 153.

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP ¹⁷⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP. • Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento. • Notificar a la máxima autoridad de la entidad contratante de la interposición de un reclamo, cuando considere que existen indicios de incumplimiento de las normas de la ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP, para que disponga la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles. • Sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso. • Sugerir la suspensión definitiva del procedimiento precontractual. • Suspender en el portal institucional la continuación del procedimiento cuando la entidad contratante no resolviera el recurso de apelación contra sus actos administrativos dentro del término correspondiente, hasta la resolución del recurso interpuesto. • Verificar el uso obligatorio de las herramientas del sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública. • Verificar el uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el SERCOP. • Verificar el cumplimiento de las políticas emitidas por el directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública. • Verificar la contratación con proveedores inscritos en el RUP. • Verificar que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación. • Verificar que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada. • Solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud. • Informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la LOSNCP. • Velar por la aplicación de los privilegios de la contratación preferente. • Vigilar que el funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una entidad contratante no retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes. • Monitorear que las entidades contratantes cumplan la aplicación de criterios de inclusión e incentivos para la participación de mipymes y actores de la EPS. • En conjunto con el ministerio a cargo de la política industrial, desarrollar mecanismos pertinentes para el control del componente nacional agregado en la adquisición de bienes y servicios, en las compras públicas y en las inversiones que se realicen en los proyectos en los sectores estratégicos. • Replicar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado bases de datos e información para el control de conductas y actos reñidos con la competencia en las contrataciones y subcontrataciones públicas.
Chile: ChileCompra	<ul style="list-style-type: none"> • No presenta ninguna atribución sobre esta facultad.

178 Ecuador, *LOSNCP*, art. 10, nums. 1 y 14; art. 14; art. 15; art. 52; art. 101; art. 102 (reformado por la *LORLOSNC*); art. 103 (reformado por la *LORLOSNC*). Ecuador, *COPCI*, arts. 55 y 102. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11; Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo de 2012, art. 41.

Colombia: Colombia Compra Eficiente	<ul style="list-style-type: none"> • No presenta ninguna atribución sobre esta facultad.
Panamá: PanamaCompra	<ul style="list-style-type: none"> • Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a la ley, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos. • Fiscalizar los procedimientos de selección de contratista que celebren las entidades públicas. • Imponer multas a los servidores públicos que violen los principios y las normas de contratación pública previstos en la ley.
Paraguay – DNCP	<ul style="list-style-type: none"> • Verificar que los procedimientos de contrataciones públicas en cualquier etapa de su ejecución, se realicen conforme a lo establecido en la ley y reglamento. Para ello podrá realizar visitas o inspecciones a las unidades operativas de contratación y tendrá acceso directo e irrestricto a documentos correspondientes a todas las etapas de contratación. Podrá solicitar a los proveedores y contratistas que participen en procedimientos de contratación todo tipo de dato o informe. • Recibir informes de las unidades operativas de contratación sobre los resultados de los procesos de ejecución de contratos y verificará la calidad de los bienes, servicios y obras contratados. • Realizar investigaciones de oficio o por denuncia fundada, para verificar que los actos de cualquier procedimiento de contratación se ajusten a la ley. • Suspender el procedimiento de contratación, de manera temporal, y realizar revisiones técnico-normativas en las materias a que se refiere la ley. • Requerir, en los casos en que lo considere necesario y pertinente, a la auditoría general que corresponda, la realización de las investigaciones para verificar el adecuado cumplimiento de las disposiciones de la ley. • Inhabilitar temporalmente a los proveedores y contratistas para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos, por las causas señaladas en la ley y sancionar a proveedores, oferentes y contratistas por incumplimiento de las disposiciones de la ley.
Perú: OSCE Tribunal de Contrataciones del Estado	<p>OSCE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación y disponer la adopción de las medidas que correspondan. • Suspender procedimientos de selección en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento. • Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente. <p>Tribunal de Contrataciones del Estado:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso. • Aplicar multas a las entidades cuando actúen como proveedores.

Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • Imponer las sanciones de: advertencia, multa económica, ejecución de garantía de mantenimiento de la oferta o de fiel cumplimiento del contrato y suspensión, en los casos sustanciados por la Unidad Centralizada de Adquisiciones a raíz de las denuncias por incumplimiento que deriven de los procesos de contratación por ella convocados. • Realizar la evaluación, seguimiento y monitoreo del sistema nacional de compras públicas, controlando el desempeño del mismo respecto de las normas jurídicas y técnicas aplicables, pudiendo requerir a sus actores todo tipo de información a tales efectos. • Como resultado de los procedimientos de evaluación o monitoreo, ACCE podrá advertir la constatación de los apartamientos del desempeño esperado por parte de los distintos actores del sistema de compras públicas, pudiendo informar de ello, al poder ejecutivo, así como a los órganos competentes, recomendando las acciones a seguir.
------------------	---

Facultad resolutive

Parte del control del SNCP se ejerce a través del régimen de reclamaciones y recursos administrativos frente a los actos y decisiones emanadas de las entidades contratantes. En Ecuador, esta facultad resolutive estuvo atribuida a cada una de las propias entidades contratantes no solamente a partir de la expedición de la LOSNCP, sino inclusive con la derogada Ley de Contratación Pública. Esto restó efectividad al sistema, pues no había garantías de decisiones imparciales frente a las reclamaciones y recursos administrativos. Siempre sostuvimos que la existencia de un tercero que pudiera conocer y resolver esos reclamos o protestas, o al menos los recursos dentro de la sede administrativa, pudiera generar más confianza en cuanto a la objetividad de las decisiones. De allí que la reforma de noviembre de 2013 es muy importante, al dotarse al SERCOP de la capacidad de suspender procedimientos en la medida que no se tomen correctivos o rectificaciones.¹⁷⁹ Inclusive la posibilidad de suspender el proceso cuando la

179 “Artículo 102, incorporado por la LORLOSNCPL.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta ley podrán presentar un reclamo motivado ante el SERCOP, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes. Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso. El SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

entidad contratante no resuelve un recurso de apelación de manera tempestiva, coadyuva a un ejercicio más transparente de la contratación pública.¹⁸⁰

El segundo inconveniente que resuelve la reforma es que el reclamo o recurso administrativo no tenía efecto suspensivo. Con el objetivo de preservar la agilidad, originalmente la LOSNCP dispuso que ningún reclamo suspendía el trámite y las acciones subsecuentes dentro de lo precontractual o contractual. En el evento de que el reclamante tuviera razón, los remedios, en muchos casos, podrían llegar tiempo después (pensemos sobre todo en los casos en que se enderezaran acciones judiciales contencioso administrativas). Por lo tanto, era posible que el bien haya sido ya entregado, el servicio prestado o la obra construida o en construcción. De allí que, en el evento de una resolución favorable al demandante, el efecto sería meramente indemnizatorio, ante la imposibilidad de revertir los hechos sucedidos. En tales casos, el Estado pagaría dos veces por un mismo objeto contractual, pues habría pagado una vez por el bien, servicio u obra

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes". Disposición concordante trae el Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, en su art. 231: "Apelación en contratación pública. La apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante expedirá su resolución, en un término no mayor a siete días desde la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse en el término previsto en el inciso anterior, el SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil".

¹⁸⁰ Artículo 103, introducido por la LORLOSNC. - Del Recurso. - El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

adjudicada (léase a quien no se debía adjudicar) y deberá pagar otra vez indemnizaciones al perjudicado en el procedimiento precontractual, sin recibir nada a cambio. A partir de octubre de 2013, el SERCOP tiene la trascendente responsabilidad de suspender procedimientos con el objetivo de alcanzar la ansiada transparencia y corrección de procedimientos, aunque carece de competencia para resolver los reclamos como tercero imparcial.

PAÍS	CONTENIDO
Ecuador: SERCOP	<ul style="list-style-type: none"> • Recibir reclamos de parte de quienes, por interés directo, se consideren afectados por las actuaciones de las entidades contratantes (aunque como se indicó, carece de capacidad legal para resolverlos). • Recomendar acciones correctivas e inclusive la suspensión definitiva del proceso.
Chile: Tribunal de Contratación Pública	<ul style="list-style-type: none"> • Conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos.¹⁸¹ • Decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.
Colombia: Compra Eficiente	<ul style="list-style-type: none"> • No se identifican competencias asociadas a esta facultad.
Panamá: PanamaCompra Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas	<p>PanamaCompra:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Dirección deberá resolver, en única instancia, las acciones de reclamo que se presenten en los procesos de selección de contratista efectuados en las entidades públicas. <p>Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conocer el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por el cual se rechazan las propuestas; el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista. • Conocer las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término de cinco días hábiles que tiene para resolver.
Paraguay: DNCP	<ul style="list-style-type: none"> • Declarar, previa la sustanciación correspondiente, la nulidad de actos, contratos y convenios; anular los términos, requisitos de los llamados y los procedimientos o contratos que no se ajusten a la ley. • Conocer y resolver protestas.

181 Se trata de una verdadera acción de impugnación ante un tribunal de naturaleza no judicial, sino administrativa, que procede contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitraria que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. La sentencia dictada por el Tribunal puede ser susceptible de recurso de reclamación, que será resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Perú: OSCE Tribunal de Contrataciones del Estado	OSCE: <ul style="list-style-type: none"> • Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa. • Resolver las recusaciones sobre los árbitros en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral. • Resolver solicitudes de devolución de honorarios de árbitros. Tribunal de Contrataciones del Estado: <ul style="list-style-type: none"> • Resolver las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos.
Uruguay: ACCE	<ul style="list-style-type: none"> • No se identifican atribuciones relacionadas con esta facultad.

Lo que aprendemos de la comparación

En este recorrido por las facultades y competencias atribuidas a algunos organismos rectores de la contratación pública, referentes de América Latina, podemos identificar lo siguiente:

1. Claramente existen dos instituciones que tienen competencias muy acotadas a la regulación, administración, promoción-difusión y ejecución de procesos: ChileCompra y Colombia Compra Eficiente. Inclusive, dentro de la facultad regulatoria, la chilena únicamente está en capacidad legal de dictar normas sobre el uso de los sistemas de compras públicas, sin que se identifique una atribución de emitir documentos estandarizados. Otra nota interesante del modelo chileno es que, en el marco de la administración de sistemas, es abierto a la tercerización de su operación. En ambos casos, no forman parte de su vocación institucional los aspectos de verificación, control y sanción, ni tampoco las resoluciones de protestas, aunque en el caso de Chile, se advirtió, el sistema de contratación pública incorpora un tribunal administrativo especializado para esos menesteres. Ambos modelos institucionales descansan sobre el objetivo principal de promover un mercado de compras público eficiente y transparente, sin inmiscuirse en tareas de control, únicamente con acciones de conexión oferta-demanda en mercados transparentes y electrónicos.
2. A su vez observamos, en el otro extremo, tres modelos que incorporan entre sus competencias todas las facultades: Panamá, Paraguay y Perú. Son especialmente fuertes en las áreas de control-sanción y resolución de protestas y reclamos administrativos, con la

aclaración que Panamá y Perú cuentan con tribunales administrativos que complementan el sistema regulado por PanamaCompra y la OSCE. Estos modelos deben lidiar con los siguientes riesgos: la corrección de procedimientos entraña una influencia directa sobre las decisiones de los entes contratantes, lo que podría generar una corresponsabilidad sobre los procesos y sus resultados; asimismo, pueden ocasionar una sobrecarga de competencias, burocratización de su actividad, lentitud del sistema general de contrataciones; finalmente se podría producir un cruce de competencias con los organismos de control del Estado.

3. En el medio, tenemos a los modelos ecuatoriano y uruguayo, a quienes les falta, total o parcialmente, competencias en materia de las facultades de resolución de reclamaciones, pero sí tienen potestades en materia de control. En el caso del SERCOP, con las últimas reformas se pretendió fortalecer sus atribuciones de cara al control y a la atención de reclamos, pero con medidas tímidas que no han resultado eficaces, conforme se analizará más adelante. Uruguay es el único modelo de los analizados, en que el mecanismo de licitación, selección y operación del Convenio Marco no está centralizado en el ente rector. También Uruguay, junto con Colombia, son los dos modelos que no prevén ninguna norma propia de contratación pública relacionada con la atención de protestas y reclamos administrativos, por lo que se entiende, rigen las normas generales de procesos administrativos.
4. Perú se destaca por dos características: es un sistema que descansa en un tridente institucional, que pretende dividir las facultades de regulación, administración y promoción-difusión (OSCE), la de ejecución (Perú Compras) y las de control-sanción y resolución (Tribunal de Contrataciones del Estado), aunque del análisis se determina que no siempre esa división es absoluta. La otra nota distintiva del modelo peruano es la regulación del arbitraje administrado por OSCE, especializado en conflictos derivados de contratos públicos, a diferencia de los demás sistemas donde el arbitraje funciona bajo las normas generales aplicables a todas las materias.
5. Finalmente, el último aprendizaje importante de la comparación consiste en los tres países que incorporan dentro del funcionamiento del sistema de compras públicas, un tribunal administrativo para atender asuntos asociados a las facultades de control-sanción y resolución.

El análisis comparado también nos ofrece otras enseñanzas: empezando por que es totalmente factible que exista competencia administrativa

para aplicar sanciones de tipo administrativo, como nos lo recuerda Fiorini: “La actividad jurídica de la Administración pública, y en especial en su faz ejecutoria, consecuentemente debe tener potestad para castigar las desobediencias y tomar medidas inmediatas para desplazar cualquier clase de obstáculos que se opongan a sus cometidos”.¹⁸²

A nuestro entender, la gran falencia de la LOSNCP en materia de control, durante los cinco primeros años de vigencia del SNCP, fue la ausencia de tipificación de infracciones y sanciones en la fase precontractual, pese a que señalaba quién debía aplicarlas: la Contraloría General del Estado.¹⁸³

La LORLOSNCP incorpora al final de la ley el Título VI, “De las Infracciones y Sanciones” y dota al SERCOP de capacidad sancionatoria. Lastimosamente, todas las infracciones que ahora se prevén se refieren a conductas de los proveedores, mas no de los funcionarios públicos.¹⁸⁴

Las infracciones que se añoran en la ley deberían tener un corte eminentemente administrativo, para no invadir el campo del derecho penal (donde interviene el dolo) ni del derecho civil (indemnizaciones). Y es que en el ámbito administrativo, para que exista sanción no se requiere demostrar culpabilidad, sino que basta con que se haya producido el hecho prohibido o la omisión del deber. Así lo resalta Fiorini:

Dado lo antijurídico, el legislador establece la norma sanción; no hay sanción sin la existencia del hecho antijurídico, éste (sic) es muy distinto a sostener la tesis subjetivista que no puede existir sanción sin una culpa. Hay muchas clases de sanciones administrativas sin la necesidad de la presencia de la culpa, pero sí, necesariamente que exista el ilícito o antijuridicidad: la falta. Así puede decirse que hay sanción administrativa cuando la Administración pública en forma oficiosa anula sus actos administrativos por su manifiesta antijuridicidad; hay sanción por la caducidad de una concesión, autorización, permiso, etc.¹⁸⁵

Consideramos que el marco de infracciones y sanciones se ha fortalecido notablemente con la LORLOSNCP, pues durante los primeros cinco años, el entonces INCOP prácticamente careció de instrumentos para hacer respetar sus observaciones tendentes a garantizar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP. No obstante, todavía no es posible cumplir a cabalidad el mandato del inciso penúltimo del art. 14 de

182 Fiorini, *Derecho administrativo*, 313.

183 Ecuador, *LOSNCP*, Disposición General Primera: “Toda infracción a la presente ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las entidades contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días”.

184 *Ibid.*, arts. 106-108 (añadidos por la LORLOSNCP).

185 Fiorini, *Derecho administrativo*, 180.

la LOSNCP, refiriéndose a las labores de verificación a cargo del SERCOP: “Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta ley”. Muchas de esas infracciones están vinculadas a labores de funcionarios públicos y no de proveedores u oferentes.

Ahora bien, es necesario reparar en la conveniencia de que una entidad esencialmente reguladora tenga facultad sancionadora. Cuando en la última década del siglo anterior, el auge de las privatizaciones obligó a un cambio de roles dentro del Estado, empezaron a surgir entes reguladores y controladores de las actividades que, privatizadas, ya no las ejercería el Estado, sobre todo en el ámbito de los servicios públicos. Estos entes reemplazaron burocracias pre existentes dedicadas a las prestaciones y gestiones concretas. Empero, en el caso de los entes rectores de contratación pública que surgieron en América Latina sobre todo en los últimos quince años, se trata de instituciones nuevas, que se han creado sin reemplazar a otras, y que generan preocupación en cuanto a su costo-beneficio por el aumento de la burocracia estatal. Por esta razón, no existe mayor antecedente en la literatura administrativa sobre los roles reguladores y sancionadores de los entes rectores de las contrataciones gubernamentales, más allá de diferentes modelos analizados.

Mejoras al modelo ecuatoriano

Visto este panorama de capacidades institucionales comparado, es hora de plantear posibles mejoras para optimizar el funcionamiento del SNCP, a través de una adecuada arquitectura del SERCOP.

1. Dentro de la facultad de promoción, difusión y formación se podría incorporar una clara atribución de absolver consultas sobre la aplicación de las normas de contratación pública, al estilo de Colombia Compra Eficiente, PanamaCompra y OSCE.
2. En el ámbito de la facultad de verificación, control preventivo y sanción, no creemos que se deba caminar a las esferas de fiscalización o auditoría que tienen los esquemas de Panamá, Perú y Paraguay, pero sí se podría fortalecer el esquema de sanciones administrativas tanto para funcionarios públicos como para proveedores del SNCP. El modelo uruguayo es recomendable.
3. Finalmente, en cuanto a la facultad resolutoria creemos que es necesario articular un esquema de reclamaciones administrativas donde exista un tercero imparcial que las conozca y resuelva, bien sea desde la primera instancia administrativa, bien como recurso de alzada definitivo, también en la sede administrativa. Para ello

son referentes los modelos de Chile, Panamá y Perú. Existen métodos para evitar que se abuse de este mecanismo y se paralicen las contrataciones públicas, como exigir cauciones o garantías al reclamante que se ejecutarían en caso que el reclamo fuera considerado malicioso, es decir, propuesto con el ánimo de obstaculizar el avance del procedimiento. Otro mecanismo para evitar el abuso sería exigir que el reclamo se fundamente en causales precisas sujetas a calificación de parte de la autoridad que conozca y resuelva sobre la imposición del reclamo. La LORLOSNCOP de octubre de 2013 no ha dado una solución a esta falencia, pues el SERCOP no tiene competencia para resolver el reclamo, sino únicamente para sugerir alternativas o medidas para la rectificación de vicios o inobservancias del proceso.

La reflexión final que podemos hacer es que si el esquema de verificación, control, sanción y reclamación no goza de un buen funcionamiento, las consecuencias, a más de la corrupción y mal uso de recursos, son la sensación de indefensión y de impunidad, lo que conlleva a ahuyentar a buenos proveedores, encarecer los bienes y servicios, con peligro de baja de calidad. Esto redundará en una mala prestación de servicios de parte de los organismos públicos, con la consecuente baja del nivel de vida de la sociedad.

Capítulo 3

PROCEDIMIENTOS, MECANISMOS Y HERRAMIENTAS DEL SNCP

Este capítulo abordará temas prácticos y operativos del funcionamiento del SNCP, principalmente sus instrumentos y procedimientos, algunos de los cuales son nuevos, otros viejos pero renovados.

Registro de proveedores

MESICIC recomendó a Ecuador “Crear un registro de contratistas de obras, bienes o servicios centralizado, que sea obligatorio para todos los organismos y dependencias del Estado, a los fines de fomentar los principios de publicidad, equidad y eficiencia previstos en la Convención”.¹⁸⁶ Esta recomendación ha sido implementada, conforme se analiza a continuación.

El funcionamiento del SNCP se basa en herramientas y procedimientos fundamentalmente electrónicos, por lo tanto, es imprescindible contar con bases de datos para que los compradores y vendedores puedan interactuar con éxito dentro de la contratación pública.

Actualmente, el registro de proveedores es administrado únicamente por el SERCOP y tiene una multiplicidad de funciones y características,¹⁸⁷ conforme pasamos a explicar.

En primer lugar, es único y cubre todo el ámbito nacional desde el punto de vista geográfico e institucional, pues habilita a participar en las contrataciones de todas las entidades contratantes sometidas a la LOSNCP. Esto marca una gran diferencia respecto al régimen anterior, puesto que al no contarse con un registro unificado, existían igual número de registros que entidades contratantes. Actualmente, inclusive se prohíbe expresamente a las entidades llevar registros adicionales.

En segundo lugar, consiste en un registro público de información de proveedores. La información que consta en el RUP es pública según

186 MESICIC, “República del Ecuador. Informe final” (aprobado en la sesión plenaria del 25 de marzo de 2010).

187 Ecuador, *LOSNCP*, arts. 6, num. 29; 13, num. 2; 16; 17; 18; 19 y 20.

mandato legal y debe estar disponible a través del portal compraspublicas.gob.ec. Por tanto, no deberá solicitarse por parte de las entidades contratantes en cada uno de los procedimientos que lleven adelante. A manera de ejemplo, no se debería exigir a los proveedores que en un concurso determinado presenten escrituras de constitución de la empresa y documentos sobre la representación legal, en la medida que estos documentos ya forman parte del expediente del RUP.

Existen dos instancias: un mero registro o inscripción y la habilitación para presentar ofertas y participar en los procedimientos de contratación pública. El registro o inscripción es un procedimiento que consiste en ingresar datos en el sistema electrónico, no obstante, esto no es suficiente para participar en un procedimiento de contratación, se requiere de la habilitación que implica presentar documentos que comprueben la información registrada por el proveedor. Hay dos hechos que comentar en torno a la habilitación: el primero: se basa en la desconfianza de la administración frente a la información suministrada por el proveedor, y por ello la necesidad de exigir pruebas y comprobaciones. Desde la actividad económica o profesional, hasta el domicilio y número de identificación (cédula o registro único de contribuyente) deben comprobarse con documentos. La ley señala que la veracidad de la información del RUP es responsabilidad de los proveedores, no obstante, el mecanismo de comprobación implementado hacen que esta responsabilidad se revierta en el SERCOP. En segundo lugar, se vuelve compleja la participación de proveedores, especialmente de extranjeros. A pesar que se han establecido mecanismos de habilitación abreviada para casos de proveedores internacionales no domiciliados en el país, puede verse a este mecanismo de la habilitación como una traba a la libre participación en la contratación pública. Ahora bien, la ley dispone que el ingreso de la información y su actualización, deben realizarse por medio de la interconexión con otras bases de datos.

En tercer lugar, el RUP debe contar con categorizaciones necesarias para la administración y funcionamiento del SNCP (por ejemplo, identificar por tamaño a los proveedores, ubicarlos por domicilio y localidad, por origen de su oferta, por tipo de bien, obra o servicio, etc.). He aquí otra razón para la habilitación en el RUP, pues dados los incentivos legales a la producción nacional y a la participación de mipyme y actores EPS, deben estar debidamente categorizados.

También, se destaca que el RUP podría ser oneroso o tarifado, si así lo decidiera el SERCOP, pero los derechos que se cobren no podrán constituirse en obstáculos para las mipyme, artesanos y profesionales.

Adicionalmente, el SERCOP debe inhabilitar en el RUP a quienes sean declarados como contratistas incumplidos, adjudicatarios fallidos o consultores responsables de estudios que ocasionan perjuicios al Estado, así como a los proveedores que no actualicen su información o que presentan documentación adulterada.

Hay que resaltar la importancia de que el RUP segmente a los proveedores para que al iniciarse un procedimiento precontractual se invite no a todos, sino a los que estén habilitados para ofertar los bienes o servicios requeridos. Para ello existen clasificadores internacionales de productos, cuya nomenclatura se usa para que los proveedores se categoricen al momento del registro, y que las entidades contratantes los usen a la hora de convocar a un procedimiento precontractual.

El RUP además podría servir para especializar a los proveedores, a través de la exigencia de requisitos particulares propios del ejercicio de su actividad, profesión, ciencia, arte u oficio. En efecto, hay determinadas actividades económicas que requieren habilitaciones especiales (a manera de ejemplo, una compañía de seguridad debe contar con autorizaciones de los Ministerios de Defensa y del Interior; un proveedor de medicamentos debe reunir una serie de requisitos sanitarios y de buenas prácticas, etc.). En la medida en que el RUP incorpore esos requisitos particulares, la contratación será más segura y más ágil, pues, en caso contrario, esos requisitos deberían ser presentados dentro de cada procedimiento de contratación.

El registro de proveedores se complementa con el otro sujeto de la contratación: las entidades contratantes. Aunque la ley no menciona expresamente un registro de entidades,¹⁸⁸ el RGLOSNP sí lo prevé en su art. 9. Debido a que la contratación tiende a ser electrónica, las entidades deben contar con registros y autorizaciones para operar el sistema bajo condiciones de responsabilidad y seguridad, por lo tanto ese registro es indispensable.

El portal electrónico de contrataciones estatales

Existen dos referencias normativas sobre el portal en la LOSNCP. El art. 6, num. 25 se refiere al portal compraspublicas.gob.ec como “[...] el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano”.

188 Únicamente el art. 21 de la LOSNCP menciona el portal [compraspublicas](http://compraspublicas.gob.ec) en el listado de las instituciones del SNCP.

Como se ve, este es un sistema informático no equivalente al SNCP sino parte instrumental de él. A este sistema informático, para los efectos de esta investigación, lo denominamos SOCE.

De su parte, el art. 21 señala lo siguiente:

Artículo 21.- Portal de COMPRASPÚBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPÚBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta ley y será administrado por SERCOP.

El portal de COMPRASPÚBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las entidades contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPÚBLICAS.

El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.¹⁸⁹

Del texto transcrito se desprende que el SOCE es, en primer lugar, un mecanismo de transparencia, publicidad e información, pero también es una herramienta transaccional, es decir, el canal obligatorio para “[...] realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública”.¹⁹⁰ Es muy distinto contar con una herramienta informática que sirva de gran archivador de documentos, que trabajar sobre una que permita ejecutar los procedimientos precontractuales y contractuales de manera electrónica.

En el informe “Background Study: The status of e-procurement reforms in Central and South America” que data de enero de 2008,¹⁹¹ se clasifica a los sistemas de compras gubernamentales en cuatro niveles:

189 Ecuador, *LOSNC*P, art. 21.

190 *Ibid.*, art. 14, num. 1.

191 Gastón Concha, “Background Study: the status of e-procurement reforms in Central and South America, Reporte Final, Resultados de la Medición de Madurez, Portales de Compra de América Latina”, IDB, Regional Workshop on e-procurement, 2008, accedido diciembre de 2019, http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf

Tabla 1. Clasificación de los sistemas electrónicos de contratación pública

NIVEL	CARACTERÍSTICAS
(0)	<i>No existe:</i> no hay evidencias de funcionalidades tecnológicas asociadas a las contrataciones estatales.
1.	<i>Informativo:</i> (pizarras informativas) Existe un portal aunque solo de carácter informativo. Solo muestra avisos de oportunidades similares a los que aparecen en la prensa, sin interacción con el usuario.
2.	<i>Transacciones simples</i> (portales interactivos): El portal admite algún nivel de interacción con los usuarios, es posible ver y bajar bases o pliegos de las propuestas, los requerimientos de ofertas son más sofisticados, hay inscripción de proveedores. Las ofertas, sin embargo, se siguen enviando de forma tradicional y la cobertura de uso del sistema todavía es baja.
3.	<i>Transacciones complejas</i> (portales transaccionales): Cobertura prácticamente de un 100 % de las entidades públicas dependientes del Gobierno central. Existen catálogos electrónicos, sistemas de autenticación de documentos, cotizaciones y propuestas electrónicas, codificación de productos con más de tres niveles, pagos vía transferencia electrónica de fondos. Hay estadísticas de desempeño del portal. Funcionan modalidades de compra con contratos marco o subastas electrónicas. Las transacciones tienen acceso público hasta las actas de adjudicación.
4.	<i>Integración:</i> Corresponde a una etapa de integración de las transacciones del portal con los sistemas de ejecución presupuestaria, uso de sistemas de autenticación con token o certificados digitales. Completa transparencia en cada transacción pudiendo haber acceso a contratos.

Fuente: Background Study: The status of e-procurement reforms in Central and South America. Elaboración propia.

En el año 2019, Ecuador bien podría colocarse en la categoría (3) de Transacciones complejas, con las siguientes salvedades: el bloque de ofertas técnicas (no económicas) todavía no se envían a través del portal, aspecto propio de la etapa (2) Transacciones simples. Empero, tiene ya algunos elementos propios de la etapa (4) Integración por las interconexiones con otros sistemas gubernamentales.

No está por demás indicar que Ecuador, en ese estudio, a inicios del año 2008, aparece en el grupo de países con nivel (1) de pizarras informativas (Contratanet).

Sin duda, la creación del portal compraspublicas.gob.ec con sus funcionalidades establecidas en la ley, es la gran innovación en la legislación y la práctica de la contratación pública ecuatoriana que, inobjetablemente, es el aporte más importante a la eficiencia y a la publicidad (la transparencia es un concepto superior, que no necesariamente se garantiza por tener publicidad).

No podemos concluir este apartado sin criticar el error de la LORLOSNCPP, al re denominar a este plataforma como “portal institucional”.¹⁹² Un portal institucional atañe únicamente a una institución, no a un sistema nacional, por lo que se debería volver a la concepción anterior de este instrumento tecnológico.

Procedimientos de contratación pública: Sus características y objetivos particulares

En este acápite vamos a organizar y mostrar los diferentes tipos de procedimientos pre contractuales que prevé la legislación ecuatoriana. Fundamentalmente encontramos tres grandes bloques de procedimientos:

- a) De régimen común, dentro de los cuales existen tres diferenciaciones:
 1. Procedimientos dinámicos: la compra por catálogo (Convenio Marco) y la subasta inversa a la baja.
 2. Procedimientos “ordinarios”: ínfima cuantía, menor cuantía, cotización, licitación y feria inclusiva.
 3. Procedimientos para consultorías: contratación directa, lista corta y concurso público.
- b) Procedimientos especiales, entre los que se encuentran la contratación integral por precio fijo, las contrataciones en situaciones de emergencia, la adquisición de bienes inmuebles y el arrendamiento de bienes inmuebles.
- c) De régimen especial. Dado que estos procesos están dispersos entre la LOSNCPP y la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) y han representado un real problema a la hora de ejercer control de eficiencia y transparencia sobre ellos, haremos un tratamiento especial.

Procedimientos de régimen común

A continuación, se observará la clasificación de procedimientos de régimen común, como son tratados en la LOSNCPP.

¹⁹² Ecuador, LORLOSNCPP, DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA.- El portal institucional, incorporará mecanismos de difusión intercultural bilingüe. En el texto de la LOSNCOPP, donde diga: “portal www.compraspublicas.gob.ec”, sustitúyase por la frase “portal institucional”.

Tabla 2. Montos referenciales de los procedimientos de contratación

OBJETO CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTOS	COEFICIENTE DEL PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO
Bienes y servicios normalizados	Compra por catálogo ¹⁹³	Sin límites
	Subasta inversa electrónica ¹⁹⁴	>0,0000002
	Ínfima cuantía ¹⁹⁵	<0,0000002
	Menor cuantía ¹⁹⁶	>0,0000002 - <0,000002
	Cotización ¹⁹⁷	>0,000002 - <0,000015
	Licitación ¹⁹⁸	>0,000015
Bienes y servicios no normalizados	Ínfima cuantía	<0,0000002
	Menor cuantía	>0,0000002 - <0,000002
	Cotización	>0,000002 - <0,000015
	Licitación	>0,000015
Obras	Ínfima cuantía	<0,0000002
	Menor cuantía	>0,0000002 - <0,000007
	Cotización	>0,000007 - <0,00003
	Licitación	>0,00003
Consultoría	Contratación directa	<0,000002
	Lista corta	>0,000002 - <0,000015
	Concurso público	>0,000015

Fuente: <http://www.compraspublicas.gob.ec>.

Elaboración propia.

193 Prima sobre los demás procedimientos.

194 Siempre que no se encuentren los bienes o servicios en el catálogo electrónico.

195 Siempre que no se encuentren los bienes y servicios en el catálogo electrónico.

196 Siempre que no se haya podido contratar por procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa electrónica).

197 Siempre que no se haya podido contratar por procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa electrónica).

198 Siempre que no se haya podido contratar por procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa electrónica).

Orientación a objetivos

Con el fin de identificar la orientación a algunos objetivos claves propios del SNCP de cada uno de los procedimientos de régimen común, presentamos a continuación un cuadro comparativo que clasifica a los procedimientos en cuanto a su agilidad, concurrencia y transaccionalidad en el portal.

Tabla 3. **Orientación a objetivos de la LOSNCP**

	Agilidad A: alta M: media B: baja	Concurrencia A: abierta S: selectiva ¹⁹⁹ R: restringida ²⁰⁰ D: directa	Transaccionalidad en el portal T: transaccional P: únicamente publicación
Compra por catálogo	A	A - R ²⁰¹	T
Subasta inversa	A	A	T
Contratación directa	A	D	T
Lista corta	M	S	T
Concurso público	M	A	T
Ínfima cuantía	A	D	p ²⁰²
Menor cuantía bienes y servicios	A	R	T
Menor cuantía obras	A	R	T
Cotización	M	R	T
Licitación	M	A	T
Feria inclusiva	M	R	P

Fuente: LOSNCP.
Elaboración propia.

En general, dentro del régimen común de contratación, existen procedimientos ágiles (únicamente se consideran como de una agilidad “media”

199 Se entiende por selectiva aquella participación limitada a pocos proveedores, pero sin requerir características específicas para su participación.

200 Se entiende por restringida aquella participación en que se requiere características especiales, como tamaño o localidad.

201 Será restringida cuando se aplique la modalidad de feria inclusiva para incorporar productos y servicios de mipyme y actores EPS, de acuerdo al art. 16, num. 5 del RGLOSNC, reformado por Decreto Ejecutivo 841, Registro Oficial 512, 15 de agosto de 2011.

202 A partir de mayo de 2011 entró en vigencia la herramienta de publicación de ínfima cuantía, lo que permitirá contar con información específica de este procedimiento, diferenciándola de los otros que solamente se publican.

a la lista corta y concurso público de consultoría, a la cotización, licitación y feria inclusiva, todos los demás pueden llevarse a cabo con “alta” agilidad), orientados a la transparencia en la medida en que su publicidad se realiza por internet y su transacción se realiza en el portal. No obstante hay que reconocer que los procedimientos abiertos no son la mayoría (únicamente la compra por catálogo, la subasta inversa, el concurso público de consultoría y la licitación se pueden considerar procedimientos de concurrencia abierta).

Además, por el mandato ya conocido del art. 288 de la CRE, todos los procedimientos de contratación discriminan en favor de los productores que se consideren oferentes nacionales y además, que se consideren como mipyme y actores de la EPS, por lo tanto, prácticamente todas las contrataciones tienen requisitos de producción nacional y de tamaño de proveedores.

Los procedimientos de régimen especial

Es necesario dejar en claro qué significa que un procedimiento goce de *régimen especial*, puesto que muchas veces se lo equipara con una excepción a la LOSNCP.

La clave para su diferenciación es el enunciado del art. 2 de la LOSNCP: “Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: [...]”.

Entonces, el régimen especial se refiere únicamente a los procedimientos precontractuales, no a los aspectos comunes de todos los procedimientos de contratación pública,²⁰³ verbigracia: plan anual de contrataciones, estudios, presupuesto, participación nacional, asociación para ofertar, modelos obligatorios, uso de herramientas informáticas, compras corporativas, vigencia de la oferta, divulgación, inscripción, aclaraciones y modificaciones de los pliegos, adjudicación, declaratoria de procedimiento desierto, cancelación del procedimiento, adjudicatarios fallidos, y, expediente del proceso de contratación, así como tampoco se refiere a los aspectos propios de la fase contractual.²⁰⁴

203 Nos referimos a las disposiciones que constan en el Título III “De los procedimientos”, Capítulo I “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, Sección I “Sobre la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios” de la LOSNCP.

204 Nos referimos a todas las disposiciones del Título IV “De los contratos”.

En definitiva, lo que debe normar el Ejecutivo sobre el régimen especial son disposiciones especiales para la etapa precontractual, orientadas a aspectos procedimentales, pero estas contrataciones, desde luego, forman parte del SNCP, no están exentas de sus normas.

El MESICIC, en el “Informe final sobre el Ecuador”, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010,²⁰⁵ en la Recomendación 1.2.1 “Fortalecer los procedimientos de licitación pública, por concursos de ofertas y contratación en general”, recuerda la sugerencia emitida por el Comité antes de la expedición de la LOSNCP: “Revisar las exclusiones, excepciones y regímenes especiales de contratación unificando sus sistemas y prácticas, particularmente las contenidas en los arts. 4 a 6 de la Ley de Contratación Pública y los arts. 12 y 14 de la Ley de Consultoría, y que la licitación y concurso público de ofertas constituyan la regla general para la selección de los procedimientos de contratación en el sistema estatal de adquisiciones de bienes y servicios, asegurando así la observancia de los principios de publicidad, equidad, y eficiencia previstos en la Convención”. Luego de considerar las respuestas dadas por Ecuador, basadas en la derogatoria de las señaladas leyes de contratación pública y de consultoría; la vigencia de la LOSNCP; y, la expresa derogatoria de las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, el comité analizador señala que el art. 2 de la LOSNCP establece un régimen especial para ciertas categorías de contrataciones, y en ese sentido, “[...] toma nota de los pasos dados por el Estado analizado para avanzar en la implementación de la recomendación anterior y su medida, y de la necesidad de que este de (sic) atención adicional a su implementación”. Es decir, pues, este comentario del MESICIC, ya que no considera adecuado aun el esquema presentado por Ecuador en cuanto a contrataciones de régimen especial.

Pasemos a analizar cada uno de los casos establecidos en la legislación positiva sobre régimen especial y el tratamiento dado, con el fin de dar las recomendaciones pertinentes, en función de los estándares internacionales. El régimen especial va a ser contrastado contra los métodos de contratación pública de la mencionada Ley Modelo de la CNUDMI (ver 2.2.1.3, letra b) que se considera un repositorio de las mejores prácticas internacionales referidas a compras públicas.

205 MESICIC, “República del Ecuador. Informe final” (aprobado en la sesión plenaria del 25 de marzo de 2010).

El primero es la *adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud*.²⁰⁶ Al efecto, el reglamento ha previsto cinco modalidades de procedimientos precontractuales:²⁰⁷

- Subasta inversa corporativa y posteriormente convenio marco para compra por catálogo (repertorio de medicamentos), para medicamentos del cuadro básico.
- Subasta inversa institucional.
- Contratación directa para proveedores exclusivos.
- Adquisición con organismos internacionales.
- Importación directa cuando el medicamento sea especial y no se lo pueda conseguir en el país.

En la práctica, bajo este régimen especial se consideran modalidades de la Ley Modelo de la CNUDMI denominadas “Subasta electrónica inversa”,²⁰⁸ para la primera etapa de selección y una variante de la “Contratación con arreglo a un acuerdo marco”²⁰⁹ (anexo único), denominado en el Ecuador “Repertorio de medicamentos”, que se forma luego de realizar una subasta inversa corporativa, que aglutina toda la demanda de las entidades prestadoras de salud: Ministerio de Salud, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional.

Hay casos de “Contratación con un solo proveedor”²¹⁰ (anexo único) comprendidos en situaciones de exclusividad y de medicamentos especiales que no presenten oferta de un número de proveedores significativos. Igualmente, se podría considerar dentro de este parámetro a la contratación directa realizada con organismos internacionales de salud, como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Panamericana de la Salud.

Al final de este recuento observamos que no se justifica tener un régimen especial para la adquisición de medicamentos, pues todos se circunscriben

206 Ecuador, *LOSNC*, art. 2, num. 1; Ecuador, *RGLOSNC*, arts. 77-85.

207 Mediante reforma introducida por el art. 1 del Decreto Ejecutivo 687, Registro Oficial 521 de 12 de junio de 2015, se incluye la modalidad “Adquisición de medicamentos de consulta externa a través de farmacias calificadas por la autoridad sanitaria nacional”, pero a nuestro juicio no se trata de una contratación pública, sino de una modalidad de gestión de medicamentos, mediante provisión directa a los pacientes a través de farmacias privadas.

208 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006* (Nueva York: Naciones Unidas, 2008), arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53-57, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

209 *Ibid.*, arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1 y 58-63.

210 *Ibid.*, arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6 y 52.

dentro de las posibles modalidades internacionalmente adoptadas por la Ley Modelo de la CNUDMI. Desde luego, es necesario considerar que en materia de salud es preciso contar con mecanismos ágiles para prevenir desabastecimientos de medicinas y para reaccionar frente a posibles situaciones extremas como son las epidemias. Pero estas circunstancias se las puede manejar desde las situaciones de emergencia o urgencia, y no desde un régimen especial que resulta innecesario.

El segundo caso de régimen especial son las adquisiciones calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.²¹¹ Este caso nos parece innecesario, pues bien podría considerarse dentro de la excepción “de los bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional” contemplada en las disposiciones derogatorias, concretamente en el num. 9, de la LOSNCP, allí donde persista la excepción y no se trate del régimen especial de las empresas públicas. Aparentemente la diferencia entre el régimen especial y la excepción serían ciertas contrataciones que no estén previstas como bienes de carácter estratégico, pero esos casos bien podrían estar comprendidos dentro de situaciones de emergencia, previstas en el art. 57 de la LOSNCP, en la medida que la Ley Modelo de la CNUDMI, dentro de la modalidad “Contratación con un solo proveedor”²¹² (anexo único), prevé la posibilidad de que la entidad adjudicadora determine que cualquier otro método resulte inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado. Pero esta misma consideración puede dar lugar a otro procedimiento potencialmente competitivo, si no se trata de una situación de emergencia: la modalidad “solicitud de propuestas con diálogo”²¹³ de la Ley Modelo de la CNUDMI (anexo único).

El tercer caso de régimen especial es contrataciones cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno nacional o de las entidades contratantes.²¹⁴ De acuerdo al Reglamento, que detalla los procedimientos, se contratan de manera directa los estudios para formulación de estrategias comunicacionales, los medios para su difusión y determinados casos calificados por la máxima autoridad como urgentes. Pueden contratarse productos comunicacionales por invitación a entre tres y cinco proveedores o en forma directa. Somos del parecer que el primero de los objetos contractuales: los estu-

211 Ecuador, *LOSNCP*, art. 2, num. 2; Ecuador, *RGLOSNCP*, art. 86.

212 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6 y 52.

213 *Ibid.*, arts. 30, 2 y 49.

214 Ecuador, *LOSNCP*, art. 2, num. 3; Ecuador, *RGLOSNCP*, arts. 89-91.

dios para estrategias comunicacionales, no requiere inexcusablemente una contratación directa. El procedimiento adecuado podría ser una “Licitación restringida”²¹⁵ de la Ley Modelo de la CNUDMI (anexo único), aunque esta podría tener el limitante de no permitir negociación alguna respecto de la oferta presentada, lo que sin duda puede ser necesario a este tipo de contrataciones. Si el caso es tener la posibilidad de negociación de algunos aspectos de la oferta, se podría acudir a la modalidad de “Licitación en dos etapas”²¹⁶ o “Solicitud de propuestas con diálogo”²¹⁷ de la Ley Modelo de la CNUDMI (anexo único).

Parece lógico que la contratación de medios de comunicación y difusión sea directa, pues no todos los medios ofrecen el mismo público objetivo al que llegar con la publicidad.

La contratación de casos urgentes podría tratarse con una especie de Convenio Marco de este tipo de servicios acordado previamente con agencias, medios o prestadores de servicios de comunicación en general.

Finalmente, la contratación de productos comunicacionales podría referirse a una modalidad de “Licitación restringida”²¹⁸ o inclusive “Solicitud de cotizaciones”²¹⁹ de la Ley Modelo de la CNUDMI.

La cuarta modalidad de régimen especial son las contrataciones que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno nacional o las entidades contratantes,²²⁰ que la norma nacional prevé serán directas. En general no hay mayor comentario que hacer sobre este procedimiento, pues se considera que los servicios de asesoría y patrocinio en el área legal son contratados en consideración a los méritos particulares de un profesional. Sin embargo, en este caso cabrían también las modalidades de “Solicitud de cotizaciones”²²¹ o “Solicitud de propuestas sin negociación”²²² de la Ley Modelo de la CNUDMI.

En quinto lugar tenemos régimen especial para aquellas contrataciones cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica,²²³ cuyo régimen es el de contratación directa, respecto de las cuales las

215 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 29; 34, 1, a, b y 45.

216 *Ibíd.*, arts. 30, 1 y 48.

217 *Ibíd.*, arts. 30, 2 y 49.

218 *Ibíd.*, arts. 29; 34, 1, a, b y 45.

219 *Ibíd.*, arts. 29, 2; 34, 2 y 46, 2-3.

220 Ecuador, *LOSNC*, art. 2, num. 4; Ecuador, *RGLOSNC*, art. 92.

221 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 29, 2; 34, 2 y 46, 2-3.

222 *Ibíd.*, arts. 29, 3 y 47.

223 Ecuador, *LOSNC*, art. 2, num. 5; Ecuador, *RGLOSNC*, art. 93.

consideraciones que podemos hacer desde este análisis son las mismas que para el caso anterior de asesoría y patrocinio jurídico.

El sexto caso de régimen especial es la adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del portal de COMPRASPUBLICAS.²²⁴ Para nuestra consideración, este régimen especial no tiene sentido de permanecer identificado por el objeto (repuestos y accesorios), puesto que se pueden dar las siguientes posibilidades: en primer lugar, que se trate de bienes genéricos, y en tal caso cabrían métodos como la “Licitación abierta”,²²⁵ “Solicitud de cotizaciones”,²²⁶ “Subasta electrónica inversa”,²²⁷ o la “Contratación con arreglo a un acuerdo marco”,²²⁸ todas modalidades de la Ley Modelo de la CNUDMI (anexo único). Si por el contrario, los repuestos y accesorios tienen un solo proveedor, o son especializados, o tienen alguna restricción de su uso como por ejemplo pérdida de garantías del proveedor si no es un repuesto original, o cualquier otra circunstancia, se puede acudir a métodos tales como “Licitación restringida”²²⁹ o “Contratación con un solo proveedor”²³⁰ de la Ley Modelo de la CNUDMI. En definitiva, se corrobora que los métodos de compra no se deben definir en función del objeto, sino por el grado de dificultad de conseguirlos en el mercado y por la conveniencia de privilegiar un análisis técnico a uno económico o de precios.

En séptimo orden, contamos con dos procedimientos de régimen especial que únicamente constan en el reglamento, no en la ley: los de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.²³¹ Estos casos están circunscritos dentro del método de la Ley Modelo de la CNUDMI “Contratación con un solo proveedor”,²³² y es factible de ser concebido como no competitivo. Lo que debería hacer Ecuador es elevar esta casuística a rango de ley, para preservar el principio de legalidad.

224 Ecuador, *LOSNC*P, art. 2, num. 6; Ecuador, *RGLOSNC*P, art. 94.

225 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 28 y 36-44.

226 *Ibíd.*, arts. 29, 2; 34, 2 y 46, 2-3.

227 *Ibíd.*, arts. 2, d; 25, 1, f; 31 y 53-57.

228 *Ibíd.*, arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1 y 58-63.

229 *Ibíd.*, arts. 29; 34, 1, a, b y 45.

230 *Ibíd.*, arts. 30, 5; 34, 4-6 y 52.

231 Ecuador, *RGLOSNC*P, art. 95.

232 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 30, 5; 34, 4-6 y 52.

El siguiente caso, el octavo, consiste en los contratos de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se registrarán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda.²³³ Según el reglamento, los contratos de correo son de contratación directa, y los de *courier* son de competencia restringida, con invitaciones a un número de proveedores no menor a dos ni mayor a cinco. Al igual que los reiterativos comentarios que hemos realizado, no es una técnica adecuada generar regímenes particulares por objetos de contratación, sino por situaciones. En este caso si la legislación contempla como posibilidades a la “Licitación restringida”,²³⁴ la “Solicitud de cotizaciones”²³⁵ y la “Contratación con un solo proveedor”,²³⁶ se cubrirían las posibilidades establecidas en el reglamento para esta especie.

El noveno caso de régimen especial son los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50 %) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50 %) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50 %) por ciento, o sus subsidiarias; y, los que realicen las empresas de economía mixta en las que el Estado o sus instituciones hayan delegado la administración o gestión al socio del sector privado.²³⁷

Añade la norma que este régimen especial, que entraña contratación directa, previsto para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50 %) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, se aplicará únicamente para el giro específico del negocio, que deberá determinarlo el Director del SERCOP; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en la LOSNCP. La contratación directa entre instituciones públicas, y en este caso, según la LOSNCP, entre entidades contratantes (que no necesariamente son instituciones públicas) es admitida en el ámbito internacional, bajo la figura de contrataciones interadministrativas. No obstante, creemos indispensable

233 Ecuador, *LOSNCP*, art. 2, num. 7; Ecuador, *RGLOSNCP*, arts. 96-97.

234 CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 29; 34, 1, a, b y 45.

235 *Ibid.*, art. 29, 2; 34, 2 y 46, 2-3.

236 *Ibid.*, arts. 30, 5; 34, 4-6 y 52.

237 Ecuador, *LOSNCP*, art. 2, num. 8; Ecuador, *RGLOSNCP*, arts. 98-100 y 103-104.

poner algunos límites a esta posibilidad: solamente debería proceder en la medida en que la entidad pública proveedora sea productora del bien o prestadora directa del servicio; nunca debería posibilitarse esta alternativa cuando la proveedora (que podría ser una empresa privada con capital público en más del 50 % sea una comercializadora o distribuidora de bienes y servicios, lo que resulta en un atentado a los principios de competencia, eficiencia, transparencia e igualdad de trato entre empresas de la misma naturaleza.

La otra situación contemplada dentro de este caso es que cualquier entidad contratante comprendida dentro del espectro del art. 1 de la LOSNCP pueda contratar en forma directa bienes y servicios que provengan de empresas en las que los estados de la comunidad internacional participen en por lo menos el cincuenta (50 %) por ciento, o sus subsidiarias. Este sui generis caso confiere una ventaja suprema a empresas públicas o con capital público de otros Estados, aun por encima de lo dispuesto en el art. 288 de la CRE que manda priorizar los bienes y servicios de origen nacional. Pero además, abre una puerta a la discrecionalidad total en la forma de buscar y seleccionar el proveedor, pues no hay ninguna obligación de realizar un procedimiento competitivo. Se entiende que mientras más alternativas existan, mejores posibilidades de conseguir precios convenientes y alta calidad existe, por eso nunca es recomendable acudir, como primera opción, a una contratación directa.

Otro aspecto involucrado en esta casuística de régimen especial es el giro del negocio de las empresas públicas o empresas con capital público, en los términos anotados, o subsidiarias de aquellas.

En décima posición del régimen especial están los contratos que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios.²³⁸ En esta materia, el reglamento hace un deslinde aparente entre contrataciones de su giro específico y del giro común. Dice que las contrataciones que son parte del giro del negocio de estas instituciones financieras y de seguros no se someterán a la LOSNCP. Con esto, prácticamente se establece una excepción a la ley por medio del reglamento, lo que es absolutamente antijurídico.²³⁹ No estamos en contra de que estos sujetos puedan estar exceptuados de las normas de la LOSNCP, lo que nos parece inadecuado es la forma en que se lo ha hecho, apartada del principio de legalidad. En el segundo tema: las contrataciones que no sean del giro específico, la norma reglamentaria

238 Ecuador, *LOSNCP*, art. 2, num. 9; Ecuador, *RGLOSNCP*, arts. 101-102.

239 Recordemos que la LOSNCP no solamente regula el procedimiento pre contractual, sino muchos otros aspectos como principios, objetivos, mecanismos, publicidad, aspectos contractuales, etc.

dispone que se llevarán a cabo “[...] siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica”. Esto da paso a que se construyan normas particulares de contratación, aunque en este caso, deberían regirse por los principios, objetivos y aspectos comunes del SNCP, puesto que no existe una identificación de que no se aplica la LOSNCP, sino únicamente los procedimientos de régimen común. Somos del parecer que en el caso de instituciones bancarias, financieras y de seguros de propiedad estatal, es mejor establecer una excepción subjetiva en la LOSNCP, y no este régimen especial que, en la práctica, significa un escape de sus normas. Y las razones son obvias: no solamente la especialidad de los aspectos bancarios y financieros, sino que generalmente están actuando en régimen de competencia con el sector financiero y bancario privado, y por tanto necesitan liberarse de algunas restricciones propias del sector público.

El undécimo caso son los contratos que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50 %) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el ministerio del ramo.²⁴⁰ El reglamento va más allá y exige que sea el presidente de la república el que dicte la reglamentación específica que se aplicará a cada caso. A nuestro juicio, esta disposición es redundante, puesto que, como hemos analizado, las empresas públicas y empresas con capital público pueden tener posibilidades de contrataciones diferenciadas, y además, la LOEP también señala lo propio. Constituye, a nuestro juicio, una puerta adicional para establecer procedimientos particulares de contratación, en este caso pensando en los sujetos contratantes.

La Disposición Reformatoria Décima Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero²⁴¹ agregó como contratación de régimen especial a la siguiente: “Los que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el art. 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero”.²⁴²

240 Ecuador, *LOSNC*P, art. 2, num. 9; Ecuador, *RGLOSNC*P, art. 106.

241 Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332-2S, 12 de septiembre de 2014.

242 Ecuador, *LOSNC*P, art. 2, num. 10. El texto del Código Orgánico Monetario y Financiero señala: “Artículo 37.- Contratación del Banco Central del Ecuador. La contratación de los servicios que requiera el Banco Central del Ecuador que coadyuven a la inversión de la reserva, la gestión de la posición de activos y pasivos externos, del oro monetario y no monetario y a la sostenibilidad del sistema monetario, se someterán al régimen especial determinado en el art. 2, num. 10, de la *LOSNCOP*P”.

Finalmente, para tratar sobre la última especie de régimen especial previsto en la legislación ecuatoriana, debemos remitirnos a la LOEP. Son aquellos casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar. Allí, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto.²⁴³ Realmente la amplitud de estas normas dan grandes posibilidades de regular las contrataciones que lleven a cabo empresas públicas cuando han suscrito convenios, alianzas o acuerdos entre sí. En estos casos, la fuente del procedimiento no será una ley, ni un reglamento, ni siquiera un acto normativo de autoridad pública, será un contrato o convenio. Igual sucederá cuando se forme una empresa con capitales del Gobierno ecuatoriano y de otro gobierno, el acuerdo será el que defina los regímenes de contratación, dejando de lado la normativa de la LOSNCP. Desde el punto de vista del principio de legalidad, podríamos decir que en este caso es la propia ley la que lo admite, pero bajo ningún punto de vista, estos regímenes particulares de contratación que se contengan en acuerdos, convenios o contratos, deberían irrespetar el art. 288 de la CRE, ni los principios y objetivos de la LOSNCP. Semejante disposición debería ser derogada por atentar a los principios de legalidad, transparencia y no discrecionalidad.

Luego de haber pasado revista a los diferentes regímenes especiales de contratación, podemos hacer los siguientes comentarios generales:

En primer lugar, prever regímenes especiales por el objeto de contratación es anti técnico. Si analizamos todo el menú de procedimientos contenidos en la Ley Modelo de la CNUDMI, ninguno de ellos atiende a un objeto contractual, sino a circunstancias que pretenden, en primer lugar, una amplia participación de proveedores y oferentes, y que en determinados casos permiten métodos que restringen la competencia. Los procedimientos de contratación pública en tal caso se convierten en una verdadera caja de herramientas que las entidades contratantes usarán dependiendo del objetivo que pretendan alcanzar con la contratación pública, que nunca se apartará de los principios de transparencia y eficiencia.

En un segundo orden, muchos de los casos de regímenes especiales no deberían ser tales, conforme al análisis y las puntualizaciones anteriormente

243 Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009, art. 34, num. 3.

indicadas. Bastaría con incorporar a la legislación otras modalidades que la Ley Modelo de la CNUDMI proporciona para no apartarse de procedimientos que permitan conseguir las mejores condiciones técnicas, económicas, operativas y funcionales, a través de concursos públicos, abiertos y transparentes.

En tercer lugar, la mayor preocupación, por el volumen de contrataciones, consisten los regímenes especiales de contratación de empresas públicas, empresas con capital público y subsidiarias de ambas, bien sea por contratación por giro del negocio, contratación directa con otras empresas con capital de estados de la comunidad internacional, actividades en sectores estratégicos, así como por alianzas estratégicas, acuerdos o asociaciones con otras empresas. Nos preocupa esta amplitud por cuanto ni la ley ni el reglamento establecen normas claras sobre los procedimientos, lo que evidentemente conduce a liberalidades que la LOSNCP pretendió abolir.

En cuarto orden, la Ley Modelo de la CNUDMI contempla una serie de alternativas que pudieran ser empleadas en las contrataciones de las empresas públicas, llamadas a desarrollar sus actividades en sectores estratégicos. Así, los métodos de “Solicitud de propuestas sin negociación”, “Licitación en dos etapas”, “Solicitud de propuestas con diálogo”, “Solicitud de propuestas con negociación consecutiva” (anexo único), constituyen un abanico de posibilidades a emplearse justamente para contrataciones de obras complejas o innovadoras y proyectos de infraestructura, donde muchas veces no se tienen identificadas de partida las mejores soluciones técnicas, constructivas y operativas. Haría mucho más a la sanidad de la contratación pública ecuatoriana incorporar estas modalidades como posibles de ser empleadas por las empresas públicas (sobre todo las monopólicas o que no prestan sus servicios o bienes en régimen de competencia) para sus contrataciones de obras e infraestructura.

Gaspar Ariño sostiene que la “huida del derecho administrativo” consiste, entre otros aspectos, en suprimir controles y abandonar los procedimientos públicos de contratación. Especialmente considera típicamente como un caso de esta huida al de las empresas públicas a quienes se exonera de la aplicación de las normas de contratación pública. Ello ha provocado, según sus asertos, ineficiencia, despilfarro y corrupción en el caso español.²⁴⁴

Aunque la huida siempre implica un escape furtivo, en el caso ecuatoriano este es consentido y ordenado por la ley. Los motivos que se aducen siempre son los mismos: la eficiencia de la gestión, no obstante, las TIC son propicias para fomentar un maridaje entre transparencia y eficiencia,

244 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia –UEC–, 2003), 93-116.

sin que se requieran regímenes excepcionales de contratación pública con amplias discrecionalidades de por medio.

Mecanismos de apoyo a la producción nacional y a la promoción de las mipymes

En anteriores análisis se ha hecho referencia a la importancia filosófica y teleológica que, para el SNCP, tienen el apoyo a la producción nacional y la promoción a las mipymes. En esta ocasión, vamos a detallar los mecanismos operativos que aplican para apuntalar la promoción de productos y servicios nacionales y provenientes de las mipymes y actores EPS.

Mecanismos de apoyo a la producción nacional

Se debe tomar en cuenta, en primer lugar, las normas sobre el origen de los bienes y servicios y en segundo lugar, cuál es el margen de preferencia que se debe asignar a la oferta considerada nacional.

Origen nacional y margen de preferencia

El factor que determina el origen es el componente nacional, traducido en un porcentaje mínimo de valor agregado ecuatoriano que debe señalarlo el SERCOP, en forma sectorial. A los productos y servicios que cumplan con este porcentaje mínimo se les aplicará márgenes de preferencia frente a las ofertas que se consideran de origen no nacional.

A nuestro juicio, la utilización racional de los márgenes de preferencia debe propiciar el crecimiento del valor agregado ecuatoriano, no el estancamiento. Esto se puede dar bien con el método de incrementar cada vez el porcentaje de componente nacional a ser incorporado en el proceso productivo para tener la preferencia, mediante revisiones periódicas, o bajo la mecánica de favorecer con un margen de preferencia proporcionalmente superior en la medida que se incremente el uso de componentes nacionales en los bienes y servicios.

Verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano

La LORLOSNC, entre sus múltiples reformas, estableció como mecanismo de apoyo a la producción nacional a la verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano. Salta a la vista una doble preferencia para la misma condición, pues anteriormente nos referimos a que la producción

nacional será acreedora a márgenes de preferencia, pero este nuevo mecanismo nos habla de una modalidad que implica cerrar el mercado a la competencia internacional. A más de contradictorio, no vemos con buenos ojos el exceso de protección, al punto que se pretende buscar competencia exclusivamente dentro de las fronteras.

Desagregación tecnológica

Lamprea Rodríguez, en una definición aplicada al caso colombiano, nos indica al respecto:

Cuando se ejecute un proyecto de inversión, se dispondrá la desagregación tecnológica. Según el Consejo de Estado, es desagregación tecnológica cierta modalidad de transferencia de tecnología que consiste en desagregar o separar los distintos elementos que componen el paquete tecnológico, para su adquisición unitaria. Se pueden desagregar, por ejemplo, las licencias de operación, los diseños, la ingeniería de detalle, servicios específicos, la asistencia técnica para la puesta en marcha y operación de la planta y otros análogos.

A esta desagregación se opone la práctica administrativa del contrato “llave en mano” que comprende los más variados ítem, inseparables pues se contratan en conjunto. Según algunos, hay aquí un obstáculo para la verdadera transparencia de la tecnología, al crear subordinación del empresariado nacional al proveedor extranjero, sin posibilidad de emplear recursos técnicos del país, lo que puede ser fuente de sobrecostos y, en repetidas ocasiones, dificultad de adecuar esa tecnología al ambiente nacional, con el inminente riesgo de importar elementos innecesarios o imposibilidad de adoptar tecnologías más avanzadas.²⁴⁵

La LOSNCP define a la desagregación tecnológica de la siguiente manera:

10. Desagregación Tecnológica: Estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, con base en la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública (léase SERCOP) en coordinación con el Ministerio de Industrias y Competitividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación con la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los Pliegos de manera obligatoria.²⁴⁶

245 Lamprea Rodríguez, *Contratos estatales*, 530-1.

246 Ecuador, *LOSNCP*, art. 6, num. 10.

Se debe considerar también que la LOSNCP, en las normas comunes a los procedimientos (art. 23) dispone que antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas entre los que se debe considerar el análisis de desagregación tecnológica.

En lo que nos atañe, es importante tomar en cuenta que los resultados del estudio de desagregación tecnológica equivaldrán a la determinación de la participación nacional mínima requerida para esa contratación, sea que el contrato se adjudique a una oferta de origen nacional o extranjero. Como lo revisamos, esa participación nacional mínima será requisito que obligatoriamente se incorporará en los pliegos del procedimiento.

Exclusión de participación en consultoría

En los procedimientos de contratación de consultoría ecuatoriana existe una exclusión de mercado para los consultores extranjeros, en una posición claramente proteccionista. Particularmente, no somos partidarios de las posiciones defensivas en extremo, por lo que abogamos para que se adopten los mismos mecanismos de apoyo a los productos y servicios nacionales a través de márgenes de preferencia, no excluyendo a la consultoría extranjera de la posibilidad de participación.

Transferencia de tecnología y de conocimiento

A los mecanismos anteriores, la LORLOSNCPP añadió una obligación de transferencia de tecnología y conocimiento a cargo de todo proveedor o contratista de bienes, obras o servicios de origen no ecuatoriano.²⁴⁷ Deberá equilibrarse entre el cumplimiento de esta prescripción, que refleja una buena intención, con el encarecimiento de las contrataciones por la imposición de obligaciones adicionales.

Otras preferencias

El actual art. 25.2 de la LOSNCP,²⁴⁸ luego de las reformas de 2013 y 2018, señala:

En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales

²⁴⁷ Actualmente consta en el art. 25.2. introducido en la LOSNCP por la LORLOSNCPP.

²⁴⁸ *Ibid.*, 25.2.

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

Hemos tratado ya sobre los márgenes de preferencia y sobre la reserva de mercado (actualmente se da en todos los casos, con la verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano y la exclusión de participación de consultores extranjeros). La subcontratación preferente pudiera ser entonces otro mecanismo para favorecer a la producción ecuatoriana, y operaría a través de la obligación de subcontratar ciertos componentes de una obra, un bien o un servicio, a la participación nacional. Este tipo de cargas no son recomendables, pues constituyen freno a la libertad de participación y competencia. Un proveedor pudiera verse desalentado de participar en un concurso en que se le va a exigir trabajar con una especie de socio nacional sin que él lo hubiera así decidido en condiciones normales.

Consideraciones finales sobre los apoyos a la producción nacional

Si la contratación pública debe tomarse como una herramienta de política industrial o no, es una larga discusión que tiene adeptos en una y otra orilla. Katter y Lember²⁴⁹ proponen un interesante análisis que narra los argumentos de quienes propugnan que solamente los mercados abiertos, competitivos y no discriminatorios son los que permiten desarrollo de innovación en la industria y la tecnología, mientras que para otros (entre los que se encuentran ellos mismos), los países industrializados han alcanzado sus niveles de desarrollo a fuerza de haber pasado por largos procesos de industrialización no precisamente exentos de proteccionismo (en el caso de los países europeos, siglos decimosexto al decimooctavo, en el caso de algunos países de Asia del Este, después de la Segunda Guerra Mundial). Estos autores señalan al respecto:

This view, which is widely supported by the existing GPA literatura, underlines the effect of transparent, non-discriminatory and free competition as the only way for promoting innovation and industrial development. The current WTO and GPA frameworks are designed to support this kind of policy approach. However, based on the arguments presented earlier in this article, it can be argued that this approach falls short in creating the needed spillover

249 Rainer Kattel y Veiko Lember, "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?", *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 3, The National Institute of Governmental Purchasing, Inc., The U.S. General Services Administration, and Florida Atlantic University Public Procurement Research Center (2010): 368-404.

effects for innovation, technology and development, and may deepen the low equilibrium trap.²⁵⁰

En definitiva, la propuesta es clara: la actual corriente, debidamente recogida en el ACP de la OMC, señala que los países que discriminan o aplican restricciones a la competencia abierta y sin limitaciones, no aplican las mejores prácticas internacionales que garantizan una mejor escogencia de bienes y servicios en lo atinente a calidad y precios.²⁵¹ Inclusive se afirma que existen numerosos estudios que comprueban que las políticas proteccionistas solo generan mejoras marginales en el bienestar social.²⁵² Esta misma publicación señala además:

Bajo la función económica de las compras, una evaluación neutra de políticas de preferencia debiera considerar no dar preferencias a toda la industria nacional, ya que es improbable que un país tenga costos relativamente similares en todas las ramas de su industria. Asimismo, debido a que en la práctica los gobiernos no ajustan finamente las preferencias, es improbable que los costos de adquisición sean minimizados incluso en áreas donde el país tenga una desventaja comparativa ya que en industrias con ventajas comparativas, el costo de adquisición será más bajo en ausencia de preferencias y aún más bajo si las preferencias se dieran a firmas extranjeras. Dados los requerimientos informativos de una política de preferencia óptima y el grado de discreción involucrado en fijarla, existen fuertes incentivos para un método de compras, en la práctica, sin preferencias.

No obstante, esa tendencia es auspiciada por los países más desarrollados del mundo, pues para ellos lo principal es buscar mercados (públicos y privados) para los bienes, servicios y tecnología que producen y ofertan.

Para los países pobres y en vías de desarrollo, hay que preguntarse si resulta suficiente la competencia como estímulo, motor y mecanismo de desarrollo e innovación en los bienes y servicios, y de no ser así, ¿qué

250 *Ibíd.*, 392.

Este punto de vista, el cual es ampliamente soportado por la literatura existente en cuanto al ACP [Acuerdo de Compras Públicas de la OMC], subraya el efecto de la competencia transparente, no discriminatoria y libre como la única forma de promover el desarrollo de innovación e industria. Los marcos actuales de la OMC y ACP están diseñados para sostener este enfoque de políticas. De todas formas, con base a los argumentos presentados anteriormente en este artículo, se puede argumentar que este enfoque no alcanza a crear los efectos de la necesaria explosión para la innovación, tecnología y desarrollo, y podría profundizar la trampa del bajo equilibrio (traducción propia).

251 "Restrictions on international auctions reduce competition and increase prices" (las restricciones en las subastas internacionales reducen la competencia e incrementan los precios). OECD, "Collusion and corruption in public procurement, Contribution from Mexico", accedido diciembre de 2019, <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235399.pdf>.

252 Araya Allende, "Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados", accedido diciembre de 2019, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4407/1/S2006606_es.pdf.

consecuencias puede traer a futuro abrir a una competencia desigual entre industrias nacientes o en desarrollo e industrias consolidadas y competitivas?. Esto nos obliga a mirar qué hicieron los países que en el último tramo de la historia han alcanzado el desarrollo, según nos resumen los propios Kattel y Lember:

One can summarize a stylized industrial policy pursued by East Asian economies during that period as follows: first, policy measures were aimed at a specific product not produced in the given country or done so on a very weak level (from radios to semiconductors); third, government also provided investment either through direct subsidies, preferential interest rates or public sector lending, at the same time directly controlling or prohibiting foreign direct investments; fourth, most targeted products had a local contents requirement for their production and fifth, this led to investment coordination of downstream supplier activities; sixth, most such measures included either sunset clauses (government support for a specific number of years) or domestic competitive pressures (multiple companies given similar support) or both; seventh, switching from domestic to export markets occurred when domestic producers reached certain previously set quality standards.²⁵³

De allí que los pasos que deberían darse, para aprovechar de manera inteligente y efectiva las posibilidades de utilizar la contratación pública como instrumento de política industrial y desarrollo de innovación en las mipyme, serían los siguientes: 1. aplicación de márgenes de preferencia, desagregación tecnológica y compras de inclusión en la contratación pública, condicionada al cumplimiento de requisitos de crecimiento; 2. movilidad de los márgenes de preferencia y de los porcentajes para considerarse oferta nacional, para estimular al crecimiento; 3. temporalidad de las medidas, pues caso contrario sí se convertirían en mecanismos proteccionistas y discriminatorios (y en este sentido, el mandato constitucional del art. 288 que

253 Kattel y Lember, "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?", 379.

Uno puede resumir la estilizada política industrial perseguida por las economías de Asia del Este durante el período, como sigue: Primero, las medidas de política fueron dirigidas hacia un producto específico, no producido o muy poco producido en el propio país (desde radios hasta semi conductores); segundo, las agencias del gobierno estaban buscando activamente transferencia tecnológica del exterior (usualmente tecnología con licencia); tercero, el gobierno también proveyó la inversión por medio de subsidios directos, tasas de interés preferenciales o préstamos del sector público, al mismo tiempo que controlaba directamente o prohibía inversiones extranjeras directas; cuarto, la mayoría de los productos focalizados tenían requerimientos de contenido local para su producción y quinto, esto llevó a una coordinación de actividades de inversión de proveedores curso abajo; sexto, la mayoría de esas medidas incluyeron cláusulas de retiro, (ayuda del gobierno para un número específico de años) o presiones competitivas domésticas (múltiples compañías dando el mismo apoyo) o las dos; séptimo, cambiar de mercados domésticos a los de exportación lo cual ocurrió cuando los productores domésticos alcanzaron ciertos estándares de calidad establecidos previamente (traducción propia).

tiene un enunciado de perennidad de las priorizaciones no es una señal en esa dirección); 4. cuando se haya alcanzado un mercado interno fuerte y competitivo, buscar mercados externos, para lo cual será útil adherir a la corriente de contratación no discriminatoria y competitiva.

Desde luego, no se puede esperar que solamente la contratación pública produzca el milagro del desarrollo, pues deberá ir acompañada de otras medidas de política industrial que promuevan la competitividad y la innovación. Y por esas razones antes anotadas, hoy por hoy no conviene al país suscribir el ACP de la OMC, pues limitará a Ecuador en la aplicación de sus medidas de fomento y desarrollo.

Los países industrializados, cuya filosofía inspira la corriente de liberalizar el comercio de bienes y servicios en el mercado público, propugnan esta idea porque tienen empresas altamente competitivas que necesitan mercados para colocar sus productos y servicios, y en segundo lugar, porque tuvieron su oportunidad histórica de desarrollarse sobre la base de medidas de protección y fomento a sus industrias.

Mecanismos de apoyo a las mipymes y actores de la EPS

En general, dentro del diseño y desempeño de los sistemas de contratación pública, la participación de las mipyme es un punto muy potente e importante. Así lo demuestra el documento “Reformas en los mecanismos de Compras Públicas y las mipyme”,²⁵⁴ generado en el marco de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales,²⁵⁵ que nos proporciona un panorama de la relación contratación pública y mipyme en los siguientes países americanos: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay.

El estudio señala que no existe un modelo o estrategia única, sino que cada país ha adoptado mecanismos que más respondan a sus particularidades. No obstante, señala que existen dos corrientes de generación de instrumentos de apoyo a las mipymes:

- El primero corresponde a una corriente generadora de instrumentos con un enfoque que podríamos llamar “de mercado”, donde

254 José Saavedra, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo n.º 1, 2010, accedido diciembre de 2019, http://ricg.org/wp-content/uploads/legacy_content/archivos/Contenidos/es/61/Documento%20TTG1%20Reformas%20en%20los%20mecanismos%20de%20compras%20publicas%20y%20las%20MIPYMES.pdf.

255 Red Interamericana de Compras Gubernamentales, accedido diciembre de 2019, <http://ricg.org/es/home/>.

el Estado no otorga preferencias directas para las Pymes en sus compras, pero sí genera herramientas para incentivar su participación. Seguramente por tener características específicas geopolíticas y económicas dentro de la región, el único país de los analizados que forma parte de esta tendencia, es Chile.

- En la segunda corriente generadora de instrumentos, encontramos a Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, donde su plataforma de acción para los desarrollos de las mipyme en las compras estatales se realiza básicamente mediante la aplicación de preferencias puras, siendo las herramientas de incentivo de mayor utilización: preferencia en el precio, reserva de mercado y umbrales.²⁵⁶

Es importante considerar que, de entre los países analizados, Ecuador es el que alcanza el mayor monto de participación de MIPE en el mercado público, con un 43 %, seguido de Chile con un 36 %, Paraguay con 32 %, Brasil con 29 % y, finalmente, Uruguay con 28 %. Los demás países no cuentan con data que pueda generar estos análisis.²⁵⁷

Pasemos a un enfoque nacional del tratamiento a las mipyme en contratación pública. En primer lugar, respecto a la categorización de proveedores por su tamaño, el art. 53 del COPCI junto con el art. 106 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,²⁵⁸ actualmente establecen la clasificación única y transversal para considerarse Mipyme:

Tabla 4. Criterios para categorización de Mipyme

CATEGORÍA	NÚMERO DE TRABAJADORES	VENTAS O INGRESOS BRUTOS ANUALES (USD)
Microempresa	1 a 9	Igual o menor a 100 000
Pequeña empresa	10 a 49	Entre 100 001 y 1 000 000
Mediana empresa	50 a 199	Entre 1 000 001 y 5 000 000

Fuente: COPCI.
Elaboración propia.

256 Saavedra, "Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES", 16.

257 *Ibid.*, 17.

258 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 757*, Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011.

Se establecen además dos reglas importantes: 1. en caso de inconformidad de las variables aplicadas, el valor bruto de las ventas anuales prevalecerá sobre el número de trabajadores, para efectos de determinar la categoría de una empresa; y, 2. los artesanos que califiquen al criterio de mipyme recibirán los beneficios que prevé el COPCI.

Las reformas a la LONSCP de octubre de 2013 han señalado algunos aspectos importantes en cuanto a apoyo a MIPE y actores EPS. La primera de ellas es que únicamente las que tengan el carácter de productores nacionales, tendrán derecho a las preferencias del SNCP. De allí que, de manera muy acertada, se excluye de estas aplicaciones a meros intermediarios. Esta es una medida que busca evitar fraude a la ley, dado que existía la posibilidad que un proveedor considerado grande pudiera crear una o más microempresas para comercializar a través de ellas, en franca competencia desleal pues las usaría únicamente como instrumento para ganar ventaja. En segundo lugar, las entidades contratantes deberán preferir el uso de feria inclusiva para contratar bienes, obras o servicios de producción nacional, a sabiendas que este procedimiento facilita la participación exclusiva de actores EPS, MIPE y artesanos. Un tercer aspecto relevante fue definir el orden de prelación de los sujetos de las preferencias, que ahora ya es claro: 1. actores EPS, 2. microempresas, 3. pequeñas empresas y 4. medianas empresas.

No obstante, existen otro tipo de mecanismos que, pensados en dar facilidades al acceso y participación de las mipymes, actualmente tienen vigencia en la práctica de las compras públicas nacionales. Básicamente tienen que ver con garantías, formalidades de los contratos y costos del RUP. Vamos a analizarlos de la mano de la normativa.

El art. 74 de la LOSNCP prevé la garantía de fiel cumplimiento “Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato [...]”. Se la rendirá antes o al momento de la firma del contrato, por un monto equivalente al cinco por ciento de su valor. No obstante, esa misma norma exonera de tal exigencia respecto de los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Esta, sin duda, es una medida tendente a que, en contratos de cuantías relativamente bajas —a los que normalmente acceden las mipymes y actores EPS— no exista esta carga que representa un costo adicional, pero sobre todo, ciertas formalidades y aptitudes financieras que no las suelen cumplir con facilidad estos sectores.

Pretendiendo también otras facilidades a las mipymes, el art. 69 de la LOSNCP prevé que únicamente “Los contratos cuya cuantía sea igual o

superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista”. Asimismo, “las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes”. Finalmente, con toda coherencia, se añade que “Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública”. De esta manera se busca favorecer sin costos y formalidades a las contrataciones a las que normalmente acceden los proveedores mipymes y EPS.

Aunque hasta la fecha el SERCOP no ha aplicado cobro de derechos por el RUP, el art. 13 de la LOSNCP prevé como una de las fuentes de financiamiento de esta institución “Los derechos de inscripción en el Registro Único de Proveedores RUP”, sin embargo, el art. 20 aclara que en ningún caso representarán un obstáculo para la inscripción de MIPE, artesanos y profesionales.

Al final de este acápite, solo nos resta decir que, a más de los mecanismos señalados, se debe potenciar la asociatividad entre mipymes y actores EPS, pues solo así podrían aspirar a contrataciones de gran valor económico o que requieran el uso de tecnologías avanzadas.²⁵⁹ También es necesario proponerse avanzar en temas críticos como financiamiento (que incluye oportunidad de los pagos) y cumplimiento de garantías,²⁶⁰ a más de emprender en programas que tiendan a su competitividad.

259 El art. 26 de la LOSNCP prevé la posibilidad de presentar ofertas asociadas, sin ninguna limitación.

260 Un extenso análisis relacionado con estos temas se puede encontrar en el siguiente estudio: Leonardo Bleger, “Instrumentos financieros para facilitar el acceso de las PYMES a las compras públicas”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP / Documento de Trabajo n.º 2, 2010, accedido diciembre de 2019, https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/ttg_geral_2.pdf.

Consideraciones finales

Se podría decir que a un país se lo conoce por sus prácticas en contratación pública, pues en el interactuar público-privado a la hora de ofrecer bienes, servicios y obras se distinguen los valores de las personas; sus conductas éticas; su grado de respeto a la institucionalidad nacional; sus preocupaciones por el buen uso de los recursos del país; su grado de preparación y formación frente a la técnica exigente que requiere planificar la gestión, formular un pliego, calificar ofertas, estructurar un contrato, o, desde la otra orilla, preparar una buena propuesta, competir de manera lícita y cumplir las obligaciones contractuales; la medida de desarrollo o retraso tecnológico; el grado de eficacia de sus sistemas de control, de reclamos administrativos y de la justicia en general; la capacidad de reacción de la ciudadanía e institucionalidad frente a inconductas o malas prácticas detectadas, entre otros aspectos que revelan la realidad de una sociedad en su conjunto, en un momento determinado.

Luego de haber recorrido en forma amplia y detallada las estructuras y articulaciones del sistema, y tomando en cuenta que la premisa central de este trabajo es demostrar si la regulación vigente ha sido suficiente para superar los problemas de eficiencia, transparencia y políticas públicas de apoyo a la producción nacional, vamos a plasmar las conclusiones del trabajo.

El esquema jurídico e institucional de contratación pública anterior a 2008 dejó un saldo deudor en cuanto al cumplimiento de los tres grandes pilares: transparencia, eficiencia y políticas públicas. Entre los principales fallos de la legislación anterior, desde el prisma de la transparencia, se destacan un gran número de procesos e instituciones por fuera del ámbito de la ley, debido a numerosas excepciones. Una discrecionalidad sin adecuados cauces jurídicos derivaron en actuaciones y contrataciones muchas veces arbitrarias con respecto a procedimientos a seguir, requisitos de participación y criterios de evaluación de ofertas. Sin un sistema de información adecuado, las contrataciones públicas tenían severas limitaciones en lo tocante a su conocimiento público, acceso a la información, seguimiento y control social. Los aspectos impugnatorios y recursivos acerca de las decisiones eran débiles, debido a que, en la sede administrativa, implicaban a que la propia autoridad que toma la decisión fuera quien revisara sus actos, y en

el ámbito judicial, procesos excesivamente largos no constituían garantía de reparación jurídica, a la par de la casi nula utilización de métodos alternativos de solución de diferencias. Bajo la óptica de la eficiencia, la falta de una articulación sistémica de las distintas fases del ciclo de contratación pública (planeación, preparación, procesos precontractuales, contratación, ejecución y evaluación) derivaron en dispendios de recursos públicos. La carencia de un órgano rector implicó el atraso en la implantación de un sistema electrónico transaccional que modelara los procesos, pliegos, contratos, etc., y que impidiera la existencia de múltiples reglas imperando en el mismo mercado. La proliferación de registros de proveedores, de reglamentaciones especiales y particulares de todas las entidades contratantes aportaron no solamente inseguridad jurídica, sino una baja participación de proveedores en el mercado público, lo que llevó a aplicarse la máxima: a menor concurrencia, menor posibilidad de optimizar los precios. Tampoco existían estrategias de agrupación de demanda con modalidades como las compras corporativas o los convenios marco. Finalmente, a la luz de las políticas públicas, las leyes entonces vigentes carecían de un enfoque de objetivos de Estado a cumplirse, dejando a la contratación pública un mero rol procedimental.

Hemos demostrado que las preocupaciones por la reforma normativa no son nuevas. Hubo ya iniciativas de informatizar la labor de la contratación pública, para lo cual se expidieron decretos y se puso en funcionamiento una página de información de contratación pública (Contratanet). No obstante, se advirtió que estas soluciones no tuvieron la fuerza suficiente por no haber alcanzado rango de ley, y por cuanto su empleo no era obligatorio más allá de la esfera de la función ejecutiva. Con esto se comprueba que el cambio de un modelo opaco basado en procedimientos llevados a cabo en papel, sin medios efectivos de difusión de información de licitaciones y procedimientos, atomizado y desarticulado fue una preocupación que inició desde los albores de este siglo.

Asimismo, dimos cuenta de la existencia de normativas de carácter internacional que empujaron la reforma interna, sobre todo la CICC, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Plan Andino de Lucha contra la Corrupción. Con ello, demostramos que la reforma era necesaria, y que además, Ecuador estaba en incumplimiento respecto a la aplicación de esos compromisos internacionales que había asumido libre y soberanamente, relativos a la transparencia y la eficiencia de sus contrataciones públicas.

Con el fin de acometer los problemas señalados, la LOSNCP introduce un concepto sistémico en el funcionamiento de la contratación pública

ecuatoriana, lo que da idea de orden, relaciones entre partes, construcción arquitectónica, coherencia, articulación, lógica, dinamismo, adaptación, finalidad. Los componentes básicos de este sistema son planificación, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones públicas. La contratación pública es parte fundamental de la ejecución presupuestaria, que a la vez es una fase importante de las finanzas públicas. La sanidad y eficiencia del gasto público por medio de la contratación estatal es condición necesaria para el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos a través de la actividad gubernamental. El dispendio de recursos públicos puede darse tanto por corrupción como por ineficiencia, de allí que los componentes de planificación y presupuestos son fundamentales para evitar gastos innecesarios, excesivos, imprevistos, de baja calidad y no programados. Pese a que así está considerado en la parte normativa, en la práctica todavía hace falta un engranaje correcto entre los componentes planificación y presupuesto con la ejecución de las contrataciones estatales. Existe mucha regulación constitucional y legal novedosa al respecto, mas lo que hace falta es interactuar, sobre todo con herramientas informáticas que hagan cumplir estas finalidades. Actualmente, en Ecuador existen desarrollos de sistemas informáticos paralelos en los aspectos presupuestarios y de contratación pública. Es necesario concretar una interoperabilidad entre ambos bloques sistémicos, y además desarrollar módulos de planificación (grandes objetivos nacionales, de los gobiernos descentralizados e institucionales) que interactúen y coordinen con el PAC, para una adecuada articulación entre estos tres componentes que deben ir de la mano: planificación, actividad presupuestaria y ejecución de la contratación pública. En la medida en que más se tecnifique y se use el PAC como herramienta de planificación y anticipación de la demanda pública, más cerca estaremos del cumplimiento del objetivo de la LOSNCP de mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales, y desde luego, más contrataciones respetando el principio de eficiencia. En ese sentido, lo que todavía falta es una práctica gubernamental que se puede derivar de una política pública de interoperabilidad de sistemas electrónicos de gobierno.

Uno de los más relevantes objetivos del SNCP es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública. Debemos empezar reconociendo que la transparencia no se cumple cuando se producen fracturas en la legalidad de los procedimientos; fracturas en la imparcialidad en los concursos y licitaciones públicas; y, cuando existen desvíos

del interés público en la evaluación de las ofertas y selección de contratistas, para dar paso a intereses distintos. El análisis realizado indica que la transparencia no se agota con la publicidad de las actuaciones, sino que es una condición que implica que todo el procedimiento llevado a cabo para la contratación de obras, bienes y servicios se haya tramitado apegado a las normas legales y con criterios éticos y de objetividad. De igual modo, se constató que la discrecionalidad en las actuaciones administrativas no es mala por sí misma, al contrario, es necesaria para la toma de decisiones, siempre que tenga sustento y razonabilidad. Bajo ese entendido, lo importante es combatir la arbitrariedad, pues su ejercicio se traduce en actuaciones subjetivas, sin fundamento en la legalidad, motivadas en consideraciones de afectos, simpatías, antipatías o en venalidades. Otro aspecto fundamental para el correcto funcionamiento del SNCP es el control. Del análisis realizado se desprende que existe un vacío en tanto al control precontractual de las contrataciones, debido a que existen muchas áreas de las fases previas a la adjudicación que no están siendo monitoreadas o verificadas, por falta de definición en la norma y por no dotarse de una competencia clara a ningún organismo en esta materia. En cuanto al control posterior de cualquiera de las fases de la contratación pública existe un exceso de actores con competencias que muchas veces se entrecruzan. Es por ello que, a pesar de la vigencia del nuevo esquema legal sistémico desde 2008, persiste un sabor a frustración en lo tocante a la transparencia de las contrataciones, y es que esta condición no puede garantizarse por la creación de una nueva institucionalidad ni por el funcionamiento de un sistema electrónico. Definitivamente, sin el acompañamiento del esquema de control, el SNCP corre el riesgo de convertirse en un mutilado intento por mejorar la transparencia, sin dejar de reconocer que alejarse de prácticas corruptas es tarea de toda la sociedad en su conjunto y no solo de un organismo. Desde luego, se podría aportar mucho en este cometido con algunos giros de timón efectivos:

- a) Con el fin de viabilizar un esquema que favorezca que las decisiones de los agentes y operadores de la contratación pública se basen en criterios de imparcialidad y eficacia, es fundamental el rol regulador que ejerza el ente rector de las contrataciones, pues siempre las normas legales o reglamentarias van a ser insuficientes. En ese sentido, el uso técnico y legal de los instrumentos de regulación con que cuenta: modelos de pliegos, mejoras de procesos, tecnificación y modernización de herramientas tecnológicas para las transacciones, mejor visualización de las acciones tomadas en la compra pública, mejora de criterios de evaluación y selección, etc.,

- son elementos fundamentales que modularán las actuaciones de los agentes públicos y privados que interactúan en este mercado.
- b) También, es clave el aspecto verificador para realizar monitoreos de las posibles malas prácticas y prevenirlas. Esto requiere del establecimiento de criterios de monitoreo por riesgo, priorizaciones, personal suficiente y calificado y la adecuación de la estructura institucional para cumplir esta atribución.
 - c) Una vez que el monitoreo y la verificación detectan posibles malas prácticas o acciones alejadas del principio de legalidad es fundamental que exista una consecuencia efectiva. El SERCOP, si bien está facultado para recibir reclamaciones, no está en capacidad jurídica de resolverlas. A lo mucho puede recomendar medidas para rectificar el proceso o sugerir la suspensión del procedimiento precontractual, pero quien debe tomar la decisión final y definitiva es la entidad contratante. Esta constituye una seria limitación al accionar efectivo para prevenir conductas lesivas al interés público y a los intereses particulares que puedan resultar afectados. Pero además, las consecuencias efectivas deben traducirse en sanciones proporcionales al daño y que se apliquen a tiempo. Urge establecer un esquema de sanciones administrativas que se apliquen como consecuencia inmediata de la sola inobservancia o contravención de una norma, y que no dependa de un examen especial o auditoría que se efectúe por parte del órgano contralor, tiempo después de que se cometió la infracción.
 - d) Un sistema de reclamos e impugnaciones que garantice decisiones objetivas, imparciales y eficientes, es un elemento que también debe prever todo sistema de contratación pública. En la actualidad, la capacidad de resolver reclamos en sede administrativa la tiene la propia entidad contratante que generó el acto materia de la impugnación, lo que no se considera un esquema que garantice decisiones imparciales para proteger los intereses particulares afectados. Inclusive si no se considerase que el SERCOP, en su capacidad de regulador del SNCP, debiera asumir el rol de tercero imparcial que resuelva los reclamos administrativos, debería establecerse una autoridad administrativa distinta, como se vio en los casos de Chile, Panamá y Perú. La búsqueda de eficiencia no debe sacrificar la transparencia, y por tanto, suspender una adjudicación o contratación mientras se discuten, en los hechos y el derecho, las razones de un oferente en una licitación en concreto, es una condición necesaria de todo sistema de contratación que busque

- garantías a la participación justa e igualitaria y a la selección de la mejor alternativa en costo y calidad, para la entidad contratante.
- e) La quinta recomendación, y tal vez la más trascendente e importante para alcanzar el objetivo de garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público, está relacionada con un proceso de modernización de los esquemas de control de gestión que rigen en Ecuador. El esfuerzo de haber reformado el sistema de contratación pública no se vio complementado con una reforma integral al sistema de control, contenido fundamentalmente en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a fin de adaptarse a los nuevos procedimientos y mecanismos previstos en la LOSNCP, preferencialmente llevados a cabo con apoyo de las TIC. Cuando contemos con un esquema de control articulado, sistémico y moderno, la interacción con el SNCP, y sobre todo el SOCE, será viable y deseable, pues la gestión y el control deben ir de la mano y no por carriles separados. En este sentido, es necesario que se clarifiquen en las leyes respectivas los roles, límites y competencias del CPCCS, la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, pero sobre todo que se dote de mecanismos eficaces para prevenir y sancionar conductas elusivas de los objetivos de la ley. En este sentido, este fallo que afecta a la transparencia de los procedimientos de contratación pública, debe ser abordado con una profunda reforma legal e institucional. En cuanto a la ejecución y administración de la contratación pública, debería existir una normativa que clarifique los límites y alcances de cada etapa del ciclo transaccional de la contratación pública. Las etapas previa, precontractual, contractual, de ejecución del contrato y la de evaluación deberían tener un tratamiento más preciso para fijarse metas de desempeño en cada una de ellas.

En lo concerniente a la garantía de ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, aparentemente este objetivo se cumpliría si y solo si los administradores de los contratos públicos y los contratistas cumplen sus obligaciones, y posiblemente si existieran también mecanismos adecuados de solución de diferencias. Pero implica además que haya existido un procedimiento precontractual llevado de forma tal que haya permitido escoger la mejor opción para el caso. También, resulta fundamental una buena articulación de las cláusulas contractuales, por esa razón, la capacidad reguladora del ente rector a través de modelos de pliegos y contratos, es fundamental. Si bien esta facultad está bien perfilada en

la LOSNCP, todavía el SERCOP debe desplegar acciones regulatorias en ese sentido. En cuanto a convertir a la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional, objetivo que tiene que ver con la aplicación de políticas públicas, el análisis realizado dejó muchos aspectos para estas conclusiones. Uno de ellos es que la CRE establece algunos mandatos relacionados con el desarrollo productivo y también entrega esa responsabilidad a las compras públicas, según el art. 288. Que la legislación interna, nos referimos a la LOSNCP, el COPYFP y el COPCI, establecen normas para cumplir el postulado constitucional, fundamentalmente, márgenes de preferencia para bienes, servicios y obras, aunque la LORLOSNCP ha incluido un mecanismo igual al de consultoría: el proteccionismo total, a través de cerrar el mercado público a participación extranjera en la medida en que exista capacidad nacional. Que puede existir una contradicción entre el principio de igualdad y este de priorización de bienes y servicios nacionales, pues entraña una discriminación. No obstante, debería entenderse que lo que se pretende es la aplicación del principio de igualdad material, dadas las diferencias que pueden existir entre proveedores de productos nacionales y de productos extranjeros, sobre todo originarios del primer mundo. También que existen consideraciones internacionales dentro de este análisis, fundamentalmente referidas al principio de trato nacional y no discriminación que consta en documentos referentes como el ACP de la OMC y al ACPr. Estos mismos principios se recogen en la Ley Modelo de la CNUDMI, aunque guarda disposiciones amigables a las políticas de apoyo de producción nacional, promovidas sobre todo por países pobres y en vías de desarrollo. Un punto aparte constituye la consideración a la Decisión 439 de la CAN, sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios de la CAN, en la medida que esta normativa supra nacional implicaría que, para consultoría, debería considerarse como nacionales también a los proveedores bolivianos, colombianos y peruanos. No obstante, existen algunas condiciones que todavía no se han ejecutado por lo que no se puede afirmar que exista un incumplimiento a sus normas cuando se cierra el mercado de consultoría únicamente para los consultores nacionales. A nuestro entender, Ecuador y los países en vías de desarrollo podrían aprovechar a la contratación pública como una importante herramienta de desarrollo, siempre que los mecanismos de apoyo (márgenes de preferencia, desagregación tecnológica e inclusive compras destinadas solo a producción nacional) estén condicionados a uso más intensivo de componentes nacionales, empleo o tecnologías localmente desarrolladas. En general, condicionada a innovación y crecimiento. Además, no debería existir una garantía permanente

de estas preferencias, pues ello no estimula el desarrollo y la innovación, sino que genera actitudes cómodas. En otras palabras, una preferencia sin condicionamientos no es deseable pues no constituye un estímulo de crecimiento. Igualmente, una preferencia inmanente y sin intermisión puede ser controversial en el campo internacional, pues puede generar retaliaciones basadas en reciprocidad de trato, lo que dificultaría la entrada de proveedores nacionales en mercados públicos extranjeros. En consideración al objetivo de promover la participación de artesanos, profesionales, mipymes con ofertas competitivas, otro de los objetivos con acento en políticas públicas, lo primero que se debe indicar es que a estos grupos se deben sumar los actores de la EPS, quienes tienen también derecho a los mismos privilegios y ventajas en la contratación pública. La CRE, el COPCI, la LOEPS y el SFPS, sin perder de vista a la propia LOSNCP, son los cuerpos normativos que contienen reglas y mecanismos para plasmar este objetivo. Varios mecanismos se han previsto para cumplirlo, iniciando por los estudios de compras de inclusión para identificar posibilidades de contratación con mipyme o actores EPS. Luego, las ferias inclusivas son procedimientos especializados para posibilitar la participación exclusiva de estos segmentos de proveedores. No se puede dejar de lado la preferencia en cuanto a márgenes que se deben aplicar en el siguiente orden: actores EPS, micro proveedores, pequeños proveedores y medianos proveedores. También hay criterios de contratación preferente en contrataciones de menor cuantía y cotización. La razón para la existencia de estas preferencias también corresponde a una aplicación del principio de igualdad material. Asimismo, existen criterios que indican la inconveniencia de estas preferencias pues se encarecen las adquisiciones y se corre el riesgo de obtener bienes y servicios de no óptima calidad, pero la respuesta es que existen intereses superiores del Estado que alientan esta promoción, sin que se sacrifique eficiencia. A nuestro criterio, existe suficiente normativa que contribuye al propósito de promocionar y dar ventaja a las mipyme y actores EPS dentro del gran esquema de la contratación pública. La tarea a futuro es evaluar el impacto de estas medidas y procedimientos, pues no somos partidarios de considerar exitosa la aplicación del objetivo por el mero hecho de adjudicar cada vez más volumen a estos segmentos, sino verificar que crezcan progresivamente, que innoven y que sean más competitivos.

Con relación al objetivo de agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna, se puede concluir que la orientación que se debe dar a este punto es el uso de las TIC de la forma más generalizada y difundida como sea posible dentro de la contratación pública. Ello sirve para acortar

tiempos, para acercar la oferta y la demanda sin requerimientos de presencia física, para mejorar la competencia con distintos mecanismos, para dar publicidad a las actuaciones con miras a realizar controles técnicos y sociales, e inclusive para evitar el indeseable contacto entre proveedor y funcionarios públicos. El futuro de las compras públicas debe basarse en el aprovechamiento al máximo de las TIC y la incorporación de criterios de *big data* e inteligencia artificial. En el caso de compra de bienes y servicios normalizados, debe migrarse de un registro de proveedores a un registro de productos, en donde existan fichas electrónicas especializadas que sean llenadas por los propios proveedores con todas las características y especificaciones técnicas de los bienes y servicios estándar que ofrezcan. Esto podría reemplazar la oferta, y para que una entidad adquiera lo que requiere, simplemente podría ubicar en el portal, con algunos criterios de búsqueda, los productos que necesita. Inclusive podría existir una invitación y una etapa de mejora de ofertas en precio y en otras condiciones como plazos, etc. Con respecto a servicios no normalizados y obras, la clave será contar con toda la hoja de vida de los proveedores dentro del sistema, de manera que también se pueda adelantar mucho en identificar las destrezas, experiencia, trayectoria, desempeño y ejecutorias de los proveedores.

Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado es el siguiente objetivo trazado en la LOSNCP. Tiene que ver con la agilidad, simplicidad e incorporación de las TIC en la gestión de la contratación pública, pero también en una nueva forma de entenderla, no como un conjunto de procedimientos, sino como una tarea estratégica del Estado que impulsa, a través de actividades e interacciones eficientes y tecnológicas, que se compre bien y que se satisfagan las necesidades públicas a la par que se cuidan los recursos de todos.

Otro punto de fundamental preocupación a lo largo de este trabajo fue el análisis del modelo institucional; es decir, de la estructura y facultades del ente rector. Este factor es crítico, pues para administrar adecuadamente el sistema se requiere de un gerente con las suficientes capacidades, flexibilidad y aptitud para que los objetivos señalados se cumplan. Las principales facultades que se han identificado, en este caso, para el SERCOP, son la verificadora y de control, administradora, reguladora, promotora-formativa e informativa y ejecutora. La primera de ellas no siempre está presente en todas las construcciones institucionales, y consiste en coadyuvar al control, a través de monitoreo y observaciones a procedimientos y la suspensión de aquellos que presenten vicios insubsanables. En el caso ecuatoriano, es una importante facultad, dada la ausencia de un mecanismo formal preventivo

de control previo y concurrente. La facultad administradora es sustancial, tarea prioritaria de los organismos rectores de contratación pública, en la medida en que aquí se comprende la operación de los sistemas de compras, sus procedimientos y herramientas. La facultad reguladora, para nosotros, es la más relevante, pues viene a imponer orden, homologación y armonía en el actuar público-privado que confluye en la contratación pública. Las reglas deben ser constantemente pensadas, repensadas, actualizadas, y por ello los modelos de documentos precontractuales y contractuales son fundamentales. Si un organismo no tiene la capacidad de incidir en las acciones y conductas de los actores de la contratación pública, no merece llamarse ente rector. La facultad promotora e informativa es muy importante, porque implica difusión, conocimiento, capacitación, certificación y acciones para cumplir los objetivos propuestos por la ley. Finalmente, la facultad ejecutora tiene alcances limitados pero importantes, sobre todo, orientados a formar catálogos electrónicos de productos y servicios, actividad de no poca relevancia en materia de eficiencia. Se dio cuenta también de algunos modelos institucionales comparados de donde se desprende que el SERCOP está dotado de la mayoría de facultades y competencias para ejercer su rol de rectoría. Este análisis comparativo también nos deja como aprendizaje que existen alternativas de asunción de otro tipo de facultades, como la sancionadora y la resolutoria. No nos entusiasma la idea de que el SERCOP asuma aplicación de sanciones, a no ser que se trate de faltas evidentes a normativa que no implica juzgamientos complejos. No obstante, somos partidarios de construir un sistema de reclamaciones que brinde garantías al proveedor que se siente perjudicado de que tendrá una respuesta objetiva, oportuna y efectiva.

Al analizar los procedimientos de régimen común, se lo realizó de acuerdo con la clasificación que trae la propia LOSNCP. Hay que resaltar que la mayoría de los procedimientos cumplen con una orientación a eficiencia, a tiempos de tramitación, así como a obtener los mejores costos de los bienes, servicios u obras. Mientras que transparencia, se podría decir que el uso del portal compraspublicas.gob.ec bien ya sea para toda la transacción, o bien solamente para publicación, es un importante elemento orientado al conocimiento público de las acciones de contratación. No obstante, de los doce procedimientos de régimen común que se analizaron, solamente cuatro son de convocatoria y participación abierta. Aunque en principio ello no habla muy bien de un esquema de contratación con reglas orientadas a la competencia provechosa para el sector público, hay que decir en su favor que dos de ellos: la licitación y la subasta inversa electrónica, son los más empleados para contrataciones de bienes, servicios y

obras. En lo referente a la orientación a la producción nacional, es necesario indicar que por mandato constitucional, todos los procedimientos prevén márgenes de preferencia para ofertas de origen ecuatoriano. En lo relativo a apoyos a las MIPE y actores EPS, es necesario rescatar que, asimismo, por disposición constitucional, todo procedimiento debe prever márgenes de preferencia a favor de estos proveedores. No obstante, existen procedimientos especialmente dedicados a ellos: feria inclusiva, menor cuantía y cotización. Somos partidarios de una revisión normativa de estos procedimientos. Creemos que hay demasiados y que además, debería pensarse en esquemas más abiertos y competitivos, de manera que la mayoría de los procedimientos se tramiten bajo esos principios.

En general, no somos adeptos a los sistemas discriminatorios protectionistas. Sin perder de vista los objetivos de apoyo a la producción nacional, debería partirse de un apoyo a la consultoría nacional con margen de preferencia, mas no con cierre de mercado para impedir el acceso de consultores extranjeros.

Al estudiar las contrataciones de régimen especial advertimos que no es técnicamente recomendable establecer regímenes particulares de procedimientos precontractuales en función de objetos de contratación. Por tanto, al tener un abanico más amplio de mecanismos y procedimientos dentro de la legislación nacional, no sería necesario mantener regímenes especiales de contratación. Particularmente es preocupante el régimen especial de contratación de empresas públicas, empresas privadas con capital público y subsidiarias de ambas, pues tienen muchas posibilidades de abandonar el esquema regular de contratación pública (giro del negocio, sectores estratégicos, alianzas o acuerdos estratégicos). Somos del parecer que con incluir en el menú de procedimientos precontractuales variantes de la Ley Modelo de la CNUDMI tales como "Solicitud de propuestas sin negociación", "Licitación en dos etapas", "Solicitud de propuestas con diálogo", "Solicitud de propuestas con negociación consecutiva", no se requerirían excepciones ni particularizaciones para las empresas públicas. Consideramos que se deben procurar reformas al régimen especial, especialmente de empresas públicas que se gestionan bajo esquemas de monopolio, para que estas apliquen procedimientos reglados y que eviten contrataciones directas a través de alianzas o convenios, dado que esas precisamente son las contrataciones más importantes en tanto a uso de recursos. De otro lado, las empresas públicas que tienen régimen de competencia no deberían estar sujetas a la LOSNCP, pues es un contrasentido que, debiendo hacer contrataciones bajo el esquema de personas jurídicas de derecho privado, deban someterse a procedimientos precontractuales propios del sector público.

Para concluir sobre las observaciones a los procedimientos de régimen común, creemos que Ecuador podría simplificar su tipología de procedimientos, dando paso a una clasificación por sus características y situaciones y no por el objeto contractual al que atienden. No tiene sentido tener procedimientos diferenciados para consultoría y otros para obras, bienes y servicios. Fundamentalmente, los procedimientos que, bajo criterios internacionales, usa el país en el régimen común son: licitación abierta, licitación restringida, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, solicitud de cotizaciones, contratación con un solo proveedor, subasta electrónica inversa y acuerdo marco. Estos procedimientos cubren todo tipo de objeto contractual.

Otra recomendación deseable es que se permita el uso de precalificación y preselección en todos los procedimientos, puesto que en Ecuador únicamente cabe precalificación para consultoría.²⁶¹

No podemos finalizar este trabajo sin antes reflexionar en el siguiente sentido: el buen funcionamiento del SNCP es una garantía de eficiencia del manejo de los recursos públicos, en la fase de ejecución del ciclo presupuestario. Si los recursos públicos son administrados y gastados de forma eficiente, entonces podemos decir que la buena gestión de la contratación pública contribuye a garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Si se tratara de sintetizar en un párrafo al sistema de contratación pública ecuatoriano podríamos decir que tiene importantes aportes a la transparencia, aunque no se ha dotado al ente rector de suficientes atribuciones para hacer exigibles sus observaciones; presenta una clara tendencia al uso de las TIC como elemento de desarrollo y agilidad; su esquema favorece la eficiencia; tiene una fuerte tendencia a la aplicación de políticas públicas de incentivo a la producción nacional; mipyme y actores EPS, lo que vuelve sus procedimientos no estrictamente igualitarios; y, todavía presenta muchas puertas de escape a contrataciones transparentes, objetivas y eficientes a través del abuso de regímenes especiales.

261 Ecuador, *LOSNC*, art. 42.

Bibliografía

- Archila Peñalosa, Emilio José, y Camilo Pabón Almanza. "Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas". *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 38 (2012): 9-32.
- Argentina. "Compras públicas sostenibles". Accedido julio de 2019. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_compras_publicas_sostenibles_0.pdf.
- Allende, Araya. "Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados". Accedido diciembre de 2019. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4407/1/S2006606_es.pdf.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2003.
- Baca Romero, Mario Augusto. "Contratación pública y la aplicación del principio de trato nacional contenido en tratados o acuerdos internacionales". *Jus Gestión Pública*, n.º 3 (2008): 143-56.
- Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo. "Actualización del Informe de evaluación de adquisiciones del país (CPAR): Informe de evaluación del sistema de adquisiciones del país (ESAP): Actualización". Junio de 2006. <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/510771468763201724/Reporte-de-evaluacion-del-sistema-de-adquisiciones-del-PAÍS-ESAP-actualizacion>.
- Bleger, Leonardo. "Instrumentos financieros para facilitar el acceso de las PYMES a las compras públicas", Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP / Documento de Trabajo n.º 2, 2010. Accedido diciembre de 2019. https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/ttg_geral_2.pdf.
- Beláustegui, Victoria. "Las compras públicas sustentables en América Latina: estado de avance y elementos clave para su desarrollo". Programa Fortalecimiento de los Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe a través del uso de las herramientas TIC y de la promoción de la participación de las mipymes, Grupo de Trabajo temático n.º 3, 2010.
- Bibiloni, Homero. "Los efectos de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones". En *Temas de derecho administrativo*, dirigido por Carlos Botassi, 177-97. La Plata: Librería Editora Platense, 2003.
- Business Dictionary. "Definición de *value for money*". Accedido agosto de 2019. <http://www.businessdictionary.com/definition/value-for-money-VFM.html>.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I., 8.ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2006.
- . *Derecho administrativo*, t. II, 2.ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2005.

- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *La corrupción en la contratación pública europea*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009.
- ChileCompra. “Compras públicas sustentables”. Accedido julio de 2019. <https://www.chilecompra.cl/2016/11/directiva-n25/>.
- . *Normativa de compras públicas. Ley n.º 19886 y su reglamento*. Accedido diciembre 2019. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/03/reglamento2016-octubre.pdf>.
- Colombia Ministerio del Ambiente. “Compras públicas sustentables”. Accedido julio de 2019. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/155-plantilla-asuntos-%20ambientales-y-sectorial-y-urbana-8.#documentos-estrat%C3%A9gicos>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, 2011*. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurement/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf>.
- Comité de Contratación Pública de la OMC. “Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública”. Accedido agosto de 2019. http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/gpro_15dec11_s.htm, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm. y http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/gpro_30mar12_s.htm.
- Concha, Gastón, “Background Study: the status of e-procurement reforms in Central and South America, Reporte Final, Resultados de la Medición de Madurez, Portales de Compra de América Latina”, IDB, Regional Workshop on e-procurement, 2008. Accedido diciembre de 2019. http://www.osce.gov.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf.
- Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD). “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador”. Accedido julio de 2019. http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion.
- Costa Rica. *Política Nacional de Compras Públicas Sustentables y Creación del Comité Directivo Nacional de Compras Sustentables*. Gaceta 239, 27 de enero de 2015. Accedido julio de 2019. http://www.digeca.go.cr/sites/default/files/de_39310_politica_nal_compras_publicas_sustentables-creacion_comite.pdf
- Dromi, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- . *Licitación pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- . *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
- Fernández Acevedo, Rafael, y Patricia Valcárcel Fernández, dirs. *La contratación pública a debate: Presente y futuro*. Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2014.
- Fiorini, Bartolomé. *Derecho administrativo*, t. I, 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- . *Derecho administrativo*, t. II, 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- García Aréjula, Jesús María, y Baleren Bakaikoa Azurmendi. “El papel de la economía social en la contratación pública del gobierno vasco entre 2010 y 2012”. *CIRIEC-España*, n.º 82 (2014): 207-45.

- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, t. I. Bogotá: Temis / Palestra, 2008.
- García Jiménez, Antonio. "El sistema electrónico de contratación pública chileno: ChileCompra". *Revista de Administración Pública*, n.º 199, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2016): 363-88.
- Gimeno Feliú, José María. "La utilización de la nuevas tecnologías en la contratación pública". Zaragoza: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2004. <http://labje.unizar.es/sites/default/files/publicaciones/DT2004-03.pdf>
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo, parte general*, t. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- . *Tratado de derecho administrativo, la defensa del usuario y del administrado*, t. 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- . *Tratado de derecho administrativo, el acto administrativo*, t. 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- Güechá Medina, Ciro Nolberto. *Contratos administrativos. Control de legalidad de los actos precontractuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007.
- Kattel, Rainer, y Veiko Lember. "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?". *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 3, The National Institute of Governmental Purchasing, Inc., The U.S. General Services Administration, and Florida Atlantic University Public Procurement Research Center (2010): 368-404.
- Laguado Giraldo, Roberto. "La contratación pública electrónica en Colombia". *Vniversitas*, n.º 108 (2004): 457-98.
- Lamprea Rodríguez, Pedro. *Contratos estatales*. Bogotá: Temis, 2007.
- Lesmes Zabalegui, Santiago. "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral". *Revista de relaciones laborales*, n.º 13 (2005): 53-86.
- Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS). "The MAPS Analytical Framework". Accedido julio de 2019. <http://www.mapsinitiative.org/>.
- MERCOSUR. "Compras públicas sustentables". Accedido julio de 2019. <http://www.iadsargentina.org/pdf/IADSMannual%20interiores%20corregido%20071108.pdf>.
- Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC). "República del Ecuador. Informe final" (aprobado en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2006). *Décima Reunión del Comité de Expertos*, 11 al 16 diciembre de 2006, Washington DC. Accedido agosto de 2019. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_ecu.pdf.
- . "República del Ecuador. Informe final" (aprobado en la sesión plenaria del 25 de marzo de 2010). *Decimosexta Reunión del Comité de Expertos*, 22 al 26 de marzo de 2010, Whashington DC. Accedido agosto de 2019. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf.
- Moreno Escobar, Hernán. "Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública de América Latina: sistemas de compras y contratación". Taller Avances en gobierno electrónico para mejorar la Transparencia. CEPAL / Naciones Unidas, 2010. Accedido agosto de 2019. <http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf>.

- Moreno Molina, José Antonio. *Derecho global de la contratación pública*. Ciudad de México: Ubijus, 2011.
- *El derecho de la contratación pública*. Toledo: Centro de Estudios Europeos, 2011.
 - *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). “Declaración de París sobre la eficacia de la ayuda al desarrollo y programa de acción de ACCRA”. Accedido julio de 2019. <https://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf>.
- “Collusion and corruption in public procurement, Contribution from Mexico”. Accedido diciembre de 2019. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235399.pdf>.
 - “Green Public Procurement”. Accedido julio de 2019. <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/>.
- Organización Mundial del Comercio (OMC). “Definición de contratación pública”. Accedido julio de 2019. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.
- “Acuerdo sobre Contratación Pública”. Accedido agosto de 2019. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm.
 - *Acuerdo de la Ronda de Uruguay sobre contratación pública*. Accedido en julio de 2019. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm
 - *Acuerdo plurilateral sobre contratación pública, La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública*. Accedido julio de 2019. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*. Viena: Oficina Contra la Droga y el Delito, 2004. http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)*. Accedido julio de 2019. <https://www.unenvironment.org/explore-topics/sustainable-development-goals/why-do-sustainable-development-goals-matter/goal-12>.
- Organización de Estados Americanos (OEA), Departamento de Derecho Internacional. *Convención Interamericana contra La Corrupción*. Registro Oficial 153, Suplemento, 25 de noviembre de 2005. Accedido julio de 2019. <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>.
- Paraguay. “Compras públicas sustentables”. Accedido julio de 2019. <https://www.contrataciones.gov.py/dncp/compras-publicas-sustentables.html>.
- Parra Gutiérrez, William René. *Los contratos estatales*, 4.^a ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1999.
- Red Interamericana de Compras Gubernamentales. Accedido diciembre de 2019. <http://ricg.org/es/home/>.
- Retjman Farah, Mario. “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo”. En *Procedimiento y proceso administrativo*, dirigido por Juan Carlos Cassagne, 79-101. Buenos Aires, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2005.
- Rodríguez, Jaime, José Antonio Moreno, Ernesto Jinesta y Karlos Navarro. *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*. San José: Guayacan, 2011.

- Saavedra, José. “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las MIPYMES”. Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo n.º 1, 2010. Accedido diciembre de 2019. http://ricg.org/wp-content/uploads/legacy_content/archivos/Contenidos/es/61/Documento%20TTG1%20Reformas%20en%20los%20mecanismos%20de%20compras%20publicas%20y%20las%20MIPYMES.pdf.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Tomás Cano Campos y Alexiades Bilbao. *La contratación pública: problemas actuales*. Madrid: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Secretaría General, 2013.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Introducción*, t. I, 3.ª ed. Bogotá: UEC, 2003.
- . *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, t. II, 4.ª ed. Bogotá: UEC, 2003.
- . *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, t. IV. Bogotá: UEC, 2004.
- Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, t. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- Schwartz, Joshua. *Procurement as a tool for economic stimulus: The United States' experience, 2008-2010*. Accedido agosto de 2019. <http://www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/16PublicProcurementasanEconomicPolicyTool/Paper16-1.pdf>.
- Sesin, Domingo. *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2.ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis / Depalma, 2004.
- Suárez Beltrán, Gonzalo, y Roberto Laguado Giraldo. *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*. Santiago de Chile: ONU, 2007. Accedido julio de 2019. <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/1/S2007302.pdf>.
- Transparencia Internacional. “Definición de transparencia”. Accedido julio de 2019. https://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement.
- Transparencia Internacional de Latinoamérica y el Caribe. Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador, enero 2002. http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion.
- Unión Europea. *Manual de contratación pública ecológica de Europa 2016*. Accedido julio de 2019. http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf.
- Urrea Salazar, Martín Jesús. *La contratación internacional de las administraciones públicas*. Madrid: Dykinson, 1999.
- Uruguay Agencia de Compras y Contrataciones del Estado. *Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF)*, 1 de junio de 2012. Accedido diciembre de 2019. <https://www.gub.uy/agencia-compras-contrataciones-estado/institucional/creacion-y-evolucion-historica>.

Normas jurídicas

- Colombia. *Decreto 4170*, 3 de noviembre de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura. Accedido diciembre de 2019. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>.

- Colombia. *Decreto 1082*, 26 de mayo de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Accedido diciembre de 2019. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019920>.
- Colombia. *Decreto 92*, 23 de enero de 2017. Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política. Accedido diciembre de 2019. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas, 2008. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.
- Comunidad Andina de Naciones. “Decisión 439”. Accedido octubre de 2012. <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>.
- . “Decisión 510”. Accedido agosto de 2019. <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. *Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción*. “Decisión 668”, 13 de junio de 2007. Accedido julio de 2019. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC668s.doc>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia C-128”, 18 de febrero de 2003.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. “Sentencia”, exp. 17088, 19 de diciembre de 2000.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Constitución de la Política del Ecuador*. Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Decreto Ejecutivo 757*. Registro Oficial 450, Suplemento, 17 de mayo de 2011.
- Ecuador. *Ley de exoneración de licitación del puente del río Babahoyo*. Registro Oficial 509, 22 de agosto de 1994.
- Ecuador. *Ley de exoneración de licitación del puente del río Quevedo en Mocache*. Registro Oficial 246, 3 de agosto de 1993.
- Ecuador. *Ley Especial de Contratación del Congreso*. Registro Oficial 351, Suplemento, 1 de julio de 1998.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. Registro Oficial 175, Suplemento, 20 de abril de 2010.
- Ecuador. *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 100-2S, 14 de octubre de 2013.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

- Ecuador. *Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad*. Registro Oficial 26, Suplemento, 22 de febrero de 2007.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 697, 7 de mayo de 2012.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Ley Modelo 2011*. Consultado octubre de 2019. http://www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.
- . *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*. Registro Oficial 166, Suplemento, 15 de diciembre de 2005. Consultado julio de 2019. http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Fue otorgada el 28 de noviembre de 2005, ratificada mediante Decreto Ejecutivo 340. Registro Oficial 76, 5 de agosto de 2005.
- Panamá. *Ley 22. Contratación Pública*, 27 de junio de 2006. Consultado diciembre de 2019. <http://www.panamacompra.gob.pa/Inicio/#!/legislacion/Leyes>.
- Paraguay. *Ley 2051. De contrataciones públicas*, 11 de noviembre de 2013. Consultado diciembre de 2019. https://www.contrataciones.gov.py/buscador/marco-legal.html?nro_nombre=2051&tipo_norma=1&tipo_resolucion=&redactor=&fecha_desde=&fecha_hasta=&order=&page=1.
- Paraguay. *Ley 3449. Modificación a la Ley 2051/03. De contrataciones públicas*. Consultado diciembre de 2019. https://www.contrataciones.gov.py/buscador/marco-legal.html?nro_nombre=2051&tipo_norma=1&tipo_resolucion=&redactor=&fecha_desde=&fecha_hasta=&order=&page=1.
- Perú. *Decreto Supremo 082-2019-EF*, 13 de marzo de 2019. Mediante la cual se publica el *Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225*, 11 de julio de 2014. Consultado diciembre de 2019. <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/266672-082-2019-ef>.
- Perú. *Decreto Legislativo n.º 1018*. Que crea la Central de Compras Públicas Perú Compra, 3 de junio de 2008. Consultado diciembre de 2019. <https://www.perucompras.gob.pe/archivos/leyes/decreto-legislativo-1018.pdf>.

Anexo único

Procedimientos de la Ley Modelo de la CNUDMI

Tabla 5. Procedimientos de la Ley Modelo de la CNUDMI

MÉTODO ²⁶²	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS
Licitación abierta (arts. 28; 36-44).	Se considera el método ordinario que debe elegir toda entidad a menos que haya circunstancias justificadas para optar por otra modalidad. La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.
Licitación restringida (arts. 29; 34, 1, a, b y 45)	Procede en las siguientes circunstancias: Si el objeto de la contratación es únicamente obtenible, por razón de su elevada complejidad o de su índole especializada, de un número limitado de proveedores o contratistas. En este caso se solicitará ofertas a todos los proveedores o contratistas que puedan ofertar. Si el tiempo y los gastos que supondrían en examen y la evaluación de un gran número de ofertas resulten desproporcionados en relación con el valor del objeto del contrato adjudicable. En este caso se seleccionará a los invitados sin criterios discriminatorios y en un número suficiente para garantizar una verdadera competencia. La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.
Solicitud de cotizaciones (arts. 29, 2; 34, 2; 46, 2, 3)	Opera para la contratación de bienes y servicios que sean fáciles de obtener, es decir, sin que hayan de ser producidos o suministrados conforme a alguna descripción particular dada por la entidad adjudicadora y respecto de los cuales exista una oferta establecida en el mercado, siempre y cuando el valor previsto del contrato adjudicable sea inferior al umbral que se haya anunciado al respecto. Se solicitará cotizaciones al mayor número posible de proveedores, pero mínimo a tres. La entidad no puede entablar negociación alguna con el proveedor o contratista respecto de la cotización presentada. El contrato se adjudicará a la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora.

262 CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI, art. 27.

<p>Solicitud de propuestas sin negociación (arts. 29, 3; 47)</p>	<p>Opera cuando la entidad adjudicadora proceda a examinar por separado los aspectos financieros de las propuestas y únicamente tras haber concluido el examen y evaluación de los aspectos de calidad y técnicos de la propuesta. Caben casos de precalificación, preselección y convocatoria directa, como se explicará más adelante.</p> <p>Se debe indicar en las instrucciones para preparación y presentación de ofertas, que estas se presentarán en dos sobres: uno con las características técnicas, de calidad y de funcionamiento de la propuesta, y otro con los aspectos financieros de la propuesta.</p> <p>Las propuestas cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento, luego de la apertura, examen y evaluación de los sobres correspondientes a estos aspectos, no cumplan los requisitos mínimos pertinentes, se rechazarán por considerarse no conformes. A cada proveedor o contratista cuya propuesta se hubiera rechazado se hará llegar sin demora el aviso de rechazo y de los motivos que lo justifiquen, junto con un sobre no abierto en el que se describan los aspectos financieros de la propuesta.</p> <p>Las propuestas cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento, luego de la apertura, examen y evaluación de los sobres correspondientes a estos aspectos, cumplan o superen los requisitos mínimos pertinentes, se considerarán conformes. La entidad adjudicadora comunicará sin demora a los proveedores o contratistas que hayan presentado esas propuestas la puntuación de las características técnicas y de calidad de sus respectivas propuestas. La entidad adjudicadora invitará a todos esos proveedores o contratistas a la apertura de los sobres en los que se describan los aspectos financieros de las propuestas.</p> <p>La puntuación de las características técnicas, de calidad y de funcionamiento de cada propuesta conforme, así como el aspecto financiero correspondiente de la propuesta, se leerán en voz alta ante los proveedores o contratistas que hayan sido invitados a la apertura de los sobres en los que se describan los aspectos financieros de las propuestas.</p> <p>La entidad adjudicadora comparará los aspectos financieros de las propuestas conformes y, en función del resultado, determinará la propuesta ganadora de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en la solicitud de propuestas. La propuesta ganadora será la que resulte mejor evaluada combinando el precio y los criterios distintos del precio que se especifiquen en la solicitud de propuestas.</p>
--	---

<p>Licitación en dos etapas (arts. 30, 1; 48)</p>	<p>Procede en las siguientes circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando la entidad adjudicadora considere que son necesarias conversaciones con los proveedores o contratistas para perfeccionar aspectos de la descripción del objeto de la contratación; para formularlos con precisión; y, para que pueda tener la solución más satisfactoria a sus necesidades de contratación. • Cuando se haya convocado a una licitación abierta sin que se hayan recibido ofertas o cuando se haya cancelado esa licitación; o cuando sea previsible que una nueva convocatoria no permitirá adjudicar el contrato. <p>En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales en las que figurarán sus propuestas, pero no el precio. Se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato adjudicable, así como acerca de las condiciones contractuales de su suministro y, cuando proceda, acerca de la competencia y sus calificaciones profesionales y técnicas exigibles de los proveedores o contratistas.</p> <p>La entidad adjudicadora podrá entablar, en la primera etapa, conversaciones con todo proveedor o contratista cuya oferta inicial no haya sido rechazada, acerca de cualquier aspecto de su respectiva oferta inicial. Cuando la entidad adjudicadora entable conversaciones con algún contratante, ofrecerá por igual a todo otro concursante la posibilidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones.</p> <p>En la segunda etapa, la entidad adjudicadora invitará a todo proveedor o contratista cuya oferta inicial no hubiera sido rechazada en la primera etapa a que presente su oferta definitiva y su respectivo precio en función de un conjunto de condiciones revisadas para la contratación.</p> <p>Al revisar las condiciones pertinentes para la contratación, la entidad adjudicadora no podrá modificar el objeto de la contratación, pero sí podrá perfeccionar aspectos de la descripción del objeto de la contratación, concretamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Suprimiendo o modificando cualquier aspecto de las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato inicialmente establecidas y añadiendo una nueva característica; • Suprimiendo o modificando cualquier criterio inicialmente establecido para el examen o la evaluación de las ofertas y añadiendo todo nuevo criterio, pero solo en la medida que esa supresión, modificación o adición, resulte necesaria a raíz de algún cambio en las características técnicas o de calidad en el objeto del contrato. <p>Toda supresión, modificación o adición que se haga será comunicada a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar su respectiva oferta definitiva.</p> <p>El proveedor o contratista que no desee presentar su oferta definitiva podrá retirarse del procedimiento de licitación sin perder la garantía de oferta, si se hubiere exigido.</p>
---	--

<p>Solicitud de propuestas con diálogo (arts. 30, 2; 49)</p>	<p>Procede en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando la entidad adjudicadora no este en condiciones de hacer una descripción detallada del objeto de la contratación y determine que es necesario un diálogo con los proveedores o contratistas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación. • Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo. • Cuando la entidad adjudicadora determine que el método de contratación seleccionado sea el más apto para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. • Cuando se haya convocado a una licitación abierta sin que se hayan recibido ofertas o cuando se haya cancelado esa licitación; o cuando sea previsible que una nueva convocatoria no permitirá adjudicar el contrato. <p>La Ley Modelo de la CNUDMI prevé la posibilidad de que esta modalidad sea aprobada por algún organismo como un aspecto de control previo. Caben casos de precalificación, preselección y convocatoria directa, como se explicará más adelante.</p> <p>La entidad adjudicadora examinará toda propuesta que reciba en función de los requisitos mínimos establecidos y rechazará por falta de conformidad toda propuesta que no satisfaga tales requisitos.</p> <p>La notificación de rechazo y las razones que lo motivaron será expedida sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas cuya propuesta se haya rechazado.</p> <p>La entidad adjudicadora invitará a cada concursante que presente una propuesta conforme y que no rebase el número máximo de concursantes previsto, a participar en la etapa de diálogo. La entidad adjudicadora procurará invitar a un número de concursantes que garantice la verdadera competencia entre ellos, por lo que, en lo posible, ese número no deberá ser inferior a tres. El diálogo será entablado, en forma concomitante, por los mismos representantes de la entidad adjudicadora.</p> <p>En el curso del diálogo abierto, la entidad adjudicadora no modificará ni el objeto del contrato adjudicable, ni ningún criterio de calificación o de evaluación ni ningún requisito mínimo establecido, así como tampoco ningún elemento de la descripción del objeto del contrato o ninguna condición de ese contrato que no hayan de ser objeto del diálogo ofrecido en la solicitud de propuestas.</p> <p>Todo requisito, directriz, documento, aclaración o todo otro dato que sea fruto del diálogo entablado por la entidad adjudicadora con alguno de los concursantes deberá comunicarse por igual y al mismo tiempo a los demás concursantes, salvo que se trate de algún dato específico o exclusivo de ese concursante o salvo que su divulgación sea contraria a las reglas de confidencialidad.²⁶³</p> <p>Una vez concluido el diálogo, la entidad adjudicadora invitará a cada proveedor o contratista que siga participando en el proceso de contratación a que presente su mejor oferta definitiva respecto de todos los aspectos de su propuesta. La petición se hará por escrito y en ella se precisarán la forma, el lugar y el plazo para la presentación de las ofertas definitivas.</p> <p>No se entablará negociación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes respecto de su mejor oferta definitiva.</p> <p>Se declarará ganadora la oferta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora conforme se determine por el método y según los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas.</p>
--	--

<p>Solicitud de propuestas con negociación consecutiva (arts. 30, 3; 50)</p>	<p>Opera cuando la entidad examina por separado los aspectos financieros de las propuestas y únicamente tras haber concluido el examen y la evaluación de los aspectos de calidad y técnicos de las propuestas, y determine que son necesarias las negociaciones consecutivas con los proveedores o contratistas para asegurar que las condiciones financieras del contrato adjudicable sean aceptables para la entidad adjudicadora.</p> <p>Se tendrá por conforme toda propuesta cuyas características técnicas, de calidad y de funcionamiento satisfagan o superen los requisitos mínimos aplicables. La entidad adjudicadora puntuará cada propuesta declarada conforme, atendiéndose a los criterios y al método para la evaluación de propuestas que se enuncien en la solicitud de propuestas y deberá:</p> <ul style="list-style-type: none">• Notificar sin dilación a cada proveedor o contratista que haya presentado una propuesta conforme, la puntuación obtenida por las características técnicas y de calidad de su propuesta y su rango en la clasificación general.• Invitar a negociar sobre los aspectos financieros de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor puntuación con arreglo a los criterios y al método aplicables.• Informar a todo otro proveedor o contratista que haya presentado una propuesta conforme que, en caso de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con los proveedores o contratistas que hayan obtenido mejor puntuación, tal vez sea llamado a negociar. <p>Cuando resulte evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o contratista invitado no concluirán con la celebración de un contrato, la entidad adjudicadora informará a ese concursante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones.</p> <p>La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista clasificado que obtuvo la segunda mejor puntuación; de no dar tampoco resultado esas negociaciones, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, en función de su puntuación respectiva, a los demás concursantes hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar todas las propuestas restantes.</p> <p>Durante el curso de las negociaciones, la entidad adjudicadora no modificará ni el objeto ni el contrato adjudicable, ni ningún criterio de calificación, de examen o de evaluación aplicable, ni ningún requisito mínimo exigible, así como ningún elemento de la descripción del objeto del contrato ni ninguna condición de ese contrato que no sea algún aspecto financiero de la propuesta presentada que se haya de negociar en esa etapa, al tenor de lo anunciado en la solicitud de propuestas.</p> <p>La entidad adjudicadora no podrá reabrir las negociaciones con un proveedor o contratista con el que las haya dado por terminadas.</p>
--	--

<p>Subasta electrónica inversa (arts. 2, d; 25, 1, f; 31; 53-57)</p>	<p>Se define como una técnica informática de contratación en tiempo real, de la que podrá valerse la entidad adjudicadora para seleccionar la oferta ganadora, consistente en que los proveedores o contratistas vayan presentando, durante un plazo establecido, ofertas cada vez más bajas, cuya evaluación será automática.</p> <p>Puede ser un método de contratación en sí o una etapa previa a la adjudicación del contrato. También, se podrá recurrir a ella para la adjudicación de un contrato en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva.</p> <p>Procede bajo las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que la entidad adjudicadora pueda formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable. • Que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas previsiblemente cualificados para participar en la subasta electrónica inversa que garantice que esta subasta será competitiva. • Que los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios. <p>Si el número de proveedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una verdadera competencia, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta. La cancelación será comunicada sin tardanza a cada proveedor o contratista inscrito.</p> <p>El período que medie entre el envío de la invitación a inscribirse para participar en la subasta electrónica inversa y la celebración de esta será suficientemente largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas a prepararse para la subasta, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora.</p> <p>La entidad adjudicadora podrá decidir, habida cuenta de las circunstancias de la contratación de que se trate, que la subasta electrónica inversa irá precedida de un examen o evaluación de las ofertas iniciales. En estos casos, una vez concluido dicho examen o evaluación, la entidad adjudicadora deberá:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hacer llegar sin demora a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial se haya rechazado, el aviso de rechazo y de los motivos que lo justifiquen. • Emitir sin demora una invitación a inscribirse para participar en la subasta a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial sea conforme, junto con toda la información necesaria para participar en la subasta. • Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la evaluación en lo que respecta al proveedor o contratista al que vaya dirigida la invitación. <p>Cuando se emplee la subasta electrónica inversa como fase previa a la adjudicación del contrato en un método de contratación o en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores o contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación, que se celebrará una subasta.</p> <p>Además deberá proporcionar la siguiente información mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La fórmula matemática que se utilizará en el procedimiento de evaluación durante la subasta. • La vía de acceso a la subasta con inclusión de información apropiada para efectuar la conexión a la subasta.
--	---

	<p>Antes de la celebración de la subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora enviará una invitación a la subasta a todos los proveedores o contratistas que sigan participando.</p> <p>Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la evaluación en lo que respecta al proveedor o contratista al que vaya dirigida la invitación.</p> <p>La subasta electrónica inversa se basará:</p> <ul style="list-style-type: none">• Cuando el contrato se adjudique a la oferta con el precio más bajo, en el precio;• Cuando el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, en el precio y los demás criterios que se hayan comunicado a los proveedores. <p>En el curso de una subasta todos los licitantes gozarán por igual de la posibilidad de presentar en cualquier momento sus ofertas.</p> <p>Toda oferta será objeto de evaluación automática, de acuerdo al criterio empleado.</p> <p>Cada licitante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas. No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los licitantes, o entre los licitantes.</p> <p>En el curso de la subasta, la entidad no dará a conocer la identidad de ninguno de los licitantes.</p> <p>La subasta será clausurada de conformidad con los criterios comunicados a los proveedores o contratistas.</p> <p>La entidad adjudicadora suspenderá o dará por clausurada la subasta de haber sufrido su sistema de comunicaciones alguna disfunción que entrañe un riesgo para el buen funcionamiento de la subasta o por cualquier otro motivo previsto en las normas aplicables a la subasta. La entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los licitantes, cuando haya tenido que suspender o declarar clausurada la subasta.</p> <p>Las condiciones exigibles después de la subasta electrónica inversa, serán las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none">• En la contratación mediante subasta en que la subasta no vaya precedida del examen o la evaluación de las ofertas iniciales, la entidad adjudicadora se asegurará de la conformidad de la oferta ganadora y de la idoneidad del proveedor o contratista que la presente.• La entidad adjudicadora rechazará la oferta si se comprueba que no es conforme o que el proveedor o contratista que la presenta no está cualificado. Sin perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el procedimiento, podrá seleccionar la oferta que, al clausurarse la subasta, tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa, siempre y cuando se verifiquen la conformidad de la oferta y la idoneidad del proveedor.• La entidad adjudicadora podrá rechazar una oferta por considerarse anormalmente baja, o si alberga dudas sobre la capacidad del licitante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. En tal caso, deberá seleccionar la oferta que, al clausurarse la subasta, tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa. Esta disposición no irá en perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el procedimiento.
--	--

<p>Contratación con un solo proveedor (arts. 30, 5; 34, 4, 5, 6 y 52)</p>	<p>Procede en las siguientes circunstancias excepcionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación. • Si debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulte viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos. • Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio, y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada. • Si la entidad adjudicadora determina que todo otro método de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado. • Si, tras haberse publicado un aviso y dado la oportunidad debida para hacer observaciones, es necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado para promover alguna política socioeconómica del Estado, siempre que no sea posible promover esa política contratando a algún otro proveedor o contratista. <p>Previamente a una convocatoria directa, la entidad adjudicadora hará publicar un anuncio de la contratación en el medio de publicación oficial, a menos que se trate de un caso de urgencia.</p> <p>Cumplido lo anterior, la entidad adjudicadora podrá invitar a un solo proveedor o contratista a que presente una propuesta o una cotización.</p> <p>La entidad adjudicadora entablará negociaciones con el proveedor o contratista al que se haya solicitado una propuesta o una cotización, a menos que esas negociaciones no sean viables en las circunstancias del contrato que se haya previsto adjudicar.</p>
---	--

<p>Acuerdo marco (arts. 2, e; 12, 2; 23, 1; 25, b, g, r; 27, 2; 31, 2; 32; 54, 1; 58-63)</p>	<p>Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco” se entenderá todo proceso de adjudicación de un contrato que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser partes de un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo.</p> <p>Por “acuerdo marco” se entenderá el acuerdo o los acuerdos que se concierten al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados.</p> <p>Por “acuerdo marco cerrado” se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se podrá utilizar los métodos de licitación abierta, licitación restringida, solicitud de cotizaciones, solicitud de propuestas sin negociación, licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva y contratación con único proveedor o contratista. • Se concertará por escrito y en él se estipulará la duración máxima; la descripción del contrato adjudicable y toda condición aplicable; si el contrato con arreglo al acuerdo marco se adjudicará a la oferta con el precio más bajo o a la más ventajosa; y, el modo en el que se adjudicará el contrato. • Todo acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista revestirá la forma de un único acuerdo entre todas las partes, a menos que la entidad adjudicadora estime que, en interés de una de las partes en el acuerdo marco, sea conveniente celebrar acuerdos separados con cualquiera de los proveedores o contratistas que sean parte del acuerdo marco. <p>Por “acuerdo marco abierto” se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La entidad adjudicadora establecerá y gestionará por vía informática su acuerdo marco abierto. • La convocatoria a la participación en un acuerdo marco abierto se realizará de forma abierta, de la misma forma que la convocatoria para licitación. • La invitación deberá contener una declaración explícita conforme a la cual los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas. • Los proveedores o contratistas podrán solicitar ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento de su vigencia presentando propuestas indicativas a la entidad adjudicadora conforme a las condiciones enunciadas en la convocatoria para ser parte de ese acuerdo marco abierto. • La entidad adjudicadora evaluará todas las propuestas indicativas que se reciban mientras esté en vigor el acuerdo marco, con la indicación de un plazo máximo para el efecto. • La entidad adjudicadora podrá limitar el número máximo de partes en un acuerdo marco abierto solo en la medida en que las limitaciones de la capacidad de su sistema de comunicaciones así lo exijan. • En todo acuerdo marco abierto se deberá prever una segunda etapa competitiva para la adjudicación de todo contrato que se haga con arreglo al acuerdo.
--	---

	<ul style="list-style-type: none"> • Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora deberá publicar de nuevo por lo menos una vez al año la invitación a ser parte de dicho acuerdo y, además, garantizar un acceso directo, pleno y sin restricciones a las especificaciones y condiciones del acuerdo marco, así como a cualquier otra información necesaria para su buen funcionamiento. <p>Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco con segunda etapa competitiva” se entenderá todo proceso de adjudicación con arreglo al método del acuerdo marco, ya sea abierto o cerrado, entablado con más de un proveedor o contratista, en el que al no haber sido posible determinar, al concluirse el acuerdo marco, alguna de las condiciones de los contratos que se tenga previsto adjudicar, será preciso determinar o precisar esas condiciones en una segunda etapa competitiva.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se indicará la duración del acuerdo marco, así como todas las condiciones que se puedan precisar durante la segunda etapa competitiva. • Se indicará el procedimiento que se seguirá en esa segunda etapa competitiva y su frecuencia probable, así como los plazos previstos para presentar ofertas en esa segunda etapa. • Se indicará los procedimientos y criterios que se seguirán en la segunda etapa competitiva, junto con la ponderación relativa de esos criterios y la forma en que se aplicarán. • Se podrá recurrir a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de un contrato en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva. <p>Por <i>contratación con arreglo a un acuerdo marco sin segunda etapa competitiva</i> se entenderá todo proceso de adjudicación, con arreglo a un acuerdo marco cerrado, en el que se hayan de concretar, al concertarse el acuerdo marco, todas las condiciones de los contratos que se vayan a adjudicar.</p> <p>Al estimar el valor del contrato, la entidad adjudicadora lo hará en función de todos los contratos previstos en un acuerdo marco durante todo su período de vigencia, y tomará en consideración todas las formas de remuneración.</p> <p>Al concertarse un acuerdo marco la entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso en donde se dará el nombre o los nombres de los proveedores o contratistas con los que se haya concertado el acuerdo marco, sus direcciones, así como el precio del contrato adjudicado. El expediente de la contratación deberá incorporar un resumen de las principales condiciones del acuerdo marco o una copia de todo acuerdo marco concertado por escrito.</p> <p>La entidad adjudicadora podrá contratar con arreglo a un acuerdo marco si prevé que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El contrato adjudicable resultará necesario con una frecuencia indeterminable o reiterada durante cierto período de tiempo. • Debido a su naturaleza, el contrato adjudicable puede resultar urgentemente necesario durante cierto período de tiempo. <p>La entidad adjudicadora consignará en el expediente una declaración de las razones o circunstancias en que se basó para recurrir a la contratación con arreglo a un acuerdo marco, y para seleccionar un determinado tipo de acuerdo marco.</p> <p>Para la segunda etapa de adjudicación del contrato con arreglo a un acuerdo marco, no se adjudicará contrato alguno a un proveedor o contratista que no sea parte de ese acuerdo.</p> <p>Durante la vigencia de un acuerdo marco no estará permitido enmendar la descripción del objeto de la contratación. Solo podrán introducirse cambios en las demás condiciones de la contratación con inclusión de los criterios y el procedimiento para la adjudicación del contrato previsto, en la medida en que lo permita expresamente el acuerdo marco.</p>
--	--

Otras etapas:

Precalificación (arts. 2, f; 18)	Su finalidad es determinar, antes de la convocatoria, los proveedores o contratistas que estén calificados. Únicamente los proveedores o contratistas precalificados podrán seguir participando en el proceso de contratación.
Preselección (arts. 2, h; 49, 3)	Su finalidad es determinar, antes de la convocatoria, un número limitado de proveedores o contratistas que sean los que mejor cumplan los criterios de calificación para la contratación pertinente. Se señalará un número máximo de proveedores o contratistas preseleccionados a quienes se solicitarán propuestas. Al determinar ese límite la entidad adjudicadora tendrá en cuenta la necesidad de garantizar una verdadera competencia. El mínimo de concursantes preseleccionados será tres.
Convocatoria directa (art. 2, b)	Es toda convocatoria que vaya directamente dirigida a uno solo o a un número restringido de proveedores o contratistas.

Fuente: Ley Modelo de la CNUDMI.

Elaboración propia.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador**

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) 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. 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 UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), 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, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.



Derecho y Sociedad

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ■ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador
- 5 Catalina Mendoza Eskola
Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano
- 6 Pamela Juliana Aguirre Castro
El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico
- 7 Eduardo Calero Jaramillo
Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano
- 8 Hugo Polanco López
Derecho uniforme del comercio electrónico en la Comunidad Andina
- 9 Marco Rodríguez Ruiz
El conocimiento tradicional bajo la sombra constitucional
- 10 Jorge Luis González Tamayo
La contratación pública como sistema

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un *software* legal completo de la Legislación ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, asimismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado *on-line*, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

www.cep.org.ec ■ ventas@cep.org.ec

Esta obra estudia el Sistema Nacional de Contratación Pública como una articulación de componentes que funcionan de forma armónica. Habla sobre sus orígenes, causas, consecuencias, partes, fases y finalidades. Analiza sus problemas históricos y hace referencia a los antecedentes normativos internacionales que se tomaron en cuenta para realizar la gran reforma normativa, institucional y sistémica de 2008, que marcó un antes y un después en la contratación pública ecuatoriana. Estudia sus articulaciones sistémicas: planificación, presupuestos, control, administración y ejecución. Aborda la rectoría del sistema desde la crítica basada en la experiencia y los resultados y enriquecida por una mirada comparada; y se extraen conclusiones sobre las bondades, carencias del sistema y los méritos de sus herramientas, para cumplir con los principios y objetivos de la contratación pública.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

