

Temas contemporáneos de la contratación pública

**El régimen ecuatoriano de contratación pública:
entre el proteccionismo y la apertura comercial**
Jorge Luis González Tamayo

**Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo
comercial con la Unión Europea**
Juan Aguirre Ribadeneira

**Presupuesto, gasto público y compra pública
responsable en Ecuador**
Eddy De la Guerra Zúñiga

**El presupuesto referencial como un elemento esencial
para afrontar la crisis económica del Ecuador
en las compras públicas**
Juan Francisco Díaz Colmachi

**Las asociaciones público privadas (APP)
en el marco jurídico ecuatoriano**
Inés María Baldeón Barriga

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2016 • Número 25

FORO: revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo Vargas (Instituto de Altos Estudios Nacionales), Dr. Santiago Basabe Serrano (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador), Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Elisa Lanas Medina (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Sonia Merlyn Sacoto (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Marco Navas Alvear (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Farith Simon Campaña (Universidad San Francisco de Quito).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (†) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga.

COORDINADORA EDITORIAL: Lcda. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Sonia Hidrobo.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

FORO aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, *PRISMA*, *Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*, y *LATINOAMERICANA*, *Asociación de revistas académicas de humanidades y ciencias sociales*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 25 • I semestre 2016

	Editorial <i>Eddy De la Guerra Zúñiga</i>	3
TEMA CENTRAL	TEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
	El régimen ecuatoriano de contratación pública: entre el proteccionismo y la apertura comercial <i>Jorge Luis González Tamayo</i>	5
	Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea <i>Juan Aguirre Ribadeneira</i>	27
	Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador <i>Eddy De la Guerra Zúñiga</i>	57
	El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas <i>Juan Francisco Díaz Colmachi</i>	85
	Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano <i>Inés María Baldeón Barriga</i>	101
RECENSIONES	Marco Morales T., edit., <i>ANÁLISIS Y ACTUALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</i> , por <i>Adriana Ocampo Carbo</i>	125
JURISPRUDENCIA	Análisis de la sentencia No. 210-15-SEP-CC sobre la acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos <i>Felipe Castro León</i>	133
	Colaboradores	143
	Normas para colaboradores	145

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 25 • I semestre 2016

Preface
Eddy De la Guerra Zúñiga 3

MAIN THEME

CONTEMPORARY TOPICS OF PUBLIC PROCUREMENT

The Ecuadorian government procurement regime:
between protectionism and trade liberalization
Jorge Luis González Tamayo 5

Ecuadorian public procurement in the trade agreement
with the European Union
Juan Francisco Aguirre Ribadeneira 27

Budget, public spending and responsible public
procurement in Ecuador
Eddy De la Guerra Zúñiga 57

The referential budget as an essential element to confront
Ecuador's economic crisis in public procurement
Juan Francisco Díaz Colmachi 85

Public Private Partnerships (PPPs) under the Ecuadorian
legal framework
Inés María Baldeón Barriga 101

REVIEWS

Marco Morales T., edit., *ANALYSIS AND CURRENT
ADMINISTRATIVE LAW*, by *Adriana Ocampo Carbo* 125

CASE LAW

Analysis of the decision 210-15-SEP-CC which
develop the protection action versus the unilateral
termination of a contract
Felipe Castro León 133

Collaborators 143

Rules for Collaborators 145

Editorial

El Área de Derecho de la Universidad Andina Simón, siempre comprometida con la investigación de alto nivel, ha dedicado el presente número de la revista Foro a “temas contemporáneos de la contratación pública”; una temática de gran importancia en el acontecer nacional, la actividad regular de la Administración Pública y sus finanzas, que, hasta la entrega de este número, no ha recibido la suficiente atención por parte de las universidades.

Los artículos que forman parte de este número abordan temáticas variadas, de actualidad y de profundo contenido tanto técnico como jurídico en el marco de la contratación pública, un área especial del Derecho Administrativo que se ha venido desarrollando a su propio ritmo, por la dinámica activa y constante del régimen jurídico que le da cobertura.

Abre el número el artículo “El régimen ecuatoriano de contratación pública: entre el proteccionismo y la apertura comercial”, escrito por Jorge Luis González, exdirector del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), hoy Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador (SERCOP); este trabajo aborda la coyuntura que afronta el gobierno ante la necesidad de abrirse a los mercados, sin desatender los mandatos constitucionales y de proteger y precautelar los intereses del Estado.

Uno de los temas de mayor impacto en el ámbito comercial ha sido el del acuerdo comercial con la Unión Europea, que no contiene únicamente acuerdos sobre el comercio privado a nivel internacional, sino que tiene además un importante componente respecto a las compras públicas; en ese sentido, el artículo “Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea”, del autor Juan Aguirre Ribadeneira, constituye un insumo invaluable para el conocimiento del referido instrumento y su efecto en la contratación pública.

En esta entrega me permito presentar un artículo de mi autoría denominado “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”, en el que se establecen criterios mínimos para garantizar que la compra pública sea inclusiva, social y ambientalmente responsable, en el marco de una gestión del recurso público de manera eficiente cumpliendo con criterios presupuestarios de sostenibilidad.

En este número encontramos además un artículo de Juan Francisco Díaz, “El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas”, cuya importancia se evidencia tan solo de la lectura del título, pues nos refleja la realidad en torno a la financiación de las com-

pras públicas y la importancia del presupuesto referencial en la actividad del Estado para la adquisición de bienes y servicios para el sector público.

Como cierre se encuentra el artículo “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, de Inés María Baldeón, quien con experticia y claridad hace una descripción profunda del régimen jurídico que regula la actividad y emprendimiento privado con participación pública.

Con este número, que incluye el análisis de la sentencia No. 210-15-SEP-CC sobre la acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos, por Felipe Castro, en el marco de una actividad conjunta entre la revista Foro y el Observatorio de Justicia Constitucional del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, se pretende aportar a la academia jurídica, muy especialmente a la del Derecho Administrativo, para seguir generando doctrina especializada de peculio nacional.

Por todo lo descrito, este número demuestra una vez más el compromiso del Área de Derecho para seguir explorando nuevas temáticas, con la participación de expertos del mayor nivel en los temas propuestos. Hago entonces una cordial invitación para leer detenidamente los componentes de esta entrega.

Eddy De la Guerra Zúñiga

El régimen ecuatoriano de contratación pública: entre el proteccionismo y la apertura comercial

*Jorge Luis González Tamayo**

RESUMEN

La presente investigación propone un análisis de los principios de la contratación pública desde el punto de vista internacional, relacionados con la participación de oferentes en igualdad de condiciones, con independencia de su nacionalidad u origen de su oferta, a efectos de, a través de la competencia, alcanzar la máxima eficiencia posible. También analiza cómo esos principios se reflejan en el caso ecuatoriano y discurre sobre el Acuerdo Comercial con la Unión Europea negociado por los países andinos. De esa manera, se concluye que la contratación pública del Ecuador es propensa al proteccionismo, lo que le dificulta emprender en negociaciones internacionales sobre esta materia y puede llegar a obstaculizar la participación de oferentes ecuatorianos en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: Principio de igualdad de trato, no discriminación, priorización de la oferta nacional, políticas públicas, acuerdos comerciales sobre compras públicas, proteccionismo, MIPYME.

ABSTRACT

This investigation consists in an analysis of the principles of public procurement from the international point of view, related to the participation of bidders on equal footing, regardless of their nationality or origin of its bid, in order to achieve maximum efficiency through the competition. It also analyzes how these principles are reflected in the Ecuadorian case, and examines the trade agreement with the European Union negotiated by the Andean countries. Thus, we conclude that public procurement of Ecuador aims to protectionism, making difficult to participate in international negotiations on this subject and may hinder the participation of Ecuadorian bidders outside its borders.

KEYWORDS: The principle of equal treatment, nondiscrimination, prioritizing domestic bids, public politics, trade agreements on public procurement, protectionism, SMEs.

FORO

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el grado de apertura del sistema ecuatoriano de contratación pública en cuanto a acceso y libertad de participación de proveedores y contratistas, con independencia de su nacionalidad u origen de las ofertas, y sus repercusiones sobre las posibilidades de inserción de oferentes ecuatorianos en mercados internacionales, a través de la suscripción de acuerdos sobre compras públicas.

Así, de manera previa debemos establecer los parámetros extraterritoriales que nos han de servir de referencia. Para este trabajo, el marco de regulaciones que marca la tendencia internacional está constituido por documentos que tienen un corte general, como son el Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (ACPr) de la Organización Mundial de Comercio (OMC); la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI); y la Directiva 2014/24/UE de la Unión Europea sobre Contratación Pública.

Contando con ese marco de análisis, revisaremos la normativa nacional que rige en estas materias para, finalmente, estudiar el capítulo de compras públicas del acuerdo comercial suscrito entre Colombia, Perú y Ecuador y la Unión Europea (UE) y sus estados miembros, evidenciando serias dificultades constitucionales para su puesta en vigencia.

ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

El presente acápite explora brevemente cuál es la tendencia internacional respecto a uno de los aspectos polémicos de la compra pública: su grado de apertura. Las contrataciones del Estado, en la actualidad, han cobrado una gran relevancia debido al volumen de recursos involucrados. Algunas cifras hablan de un promedio de entre el 10 al 15% en relación al Producto Interno Bruto (PIB)¹ de los países, lo que da cuenta de su gran trascendencia en cuanto al manejo eficiente de los recursos públicos, al cumplimiento de las finalidades del Estado, a la transparencia como valor social y, desde luego, a la generación de interrelaciones económicas entre el gobierno y los

1. Encontramos algunas referencias sobre la relación entre compras públicas y PIB en: Alfie Ulloa, “El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico”, en *CEPAL*, abril de 2006, 5. <<http://biblioteca.rieg.org/el-mercado-publico-y-los-acuerdos-comerciales-un-analisis-economico/publicacion/2/es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011)”, 2016. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html>. Consulta: 8 de marzo de 2016; Observatorio Contratación Pública, “¿Qué es el ObCP?”, 2011. <<http://www.obcp.es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016; OECD, *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009. <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

ciudadanos, en su faceta de proveedores o suministradores de bienes y servicios y contratistas de obras públicas. Vamos a iniciar el análisis de los documentos internacionales de referencia.

EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA REVISADO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

El Acuerdo sobre la Contratación Pública,² negociado en el marco de la OMC, es un acuerdo de tipo plurilateral, lo que implica que no todos sus miembros son partes. En la actualidad, cuenta con diecisiete partes, lo que involucra a cuarenta y cinco países miembros de la OMC,³ ninguno de los cuales es latinoamericano. Treinta de los miembros participan en el Comité de Contratación Pública en calidad de observadores, entre ellos cinco latinoamericanos,⁴ ninguno de los cuales ha iniciado su proceso de adhesión, lo que revela una tendencia de los países de América Latina de mantener una prudente distancia con este Acuerdo, sin duda por desconfianza sobre sus reales beneficios.

Luego de un largo proceso de discusión, el ACPr⁵ entró en vigor el 6 de abril de 2014, por lo que se considera un texto moderno y que recoge las últimas tendencias y prácticas de contratación pública. En lo que nos compete, este documento, que es la base referencial de los textos de los acuerdos internacionales, incluye los siguientes aspectos:

a) Principio de no discriminación

En su artículo IV, Principios generales, resalta el de no discriminación, cuyo objetivo es que las entidades contratantes de las partes concedan a los bienes y servicios de cualquiera de las otras partes, así como a sus proveedores, un trato no menos favorable del que conceden a los bienes y servicios de los proveedores nacionales y a los de los proveedores de cualquier otra parte. Este trato no discriminatorio se debe aplicar sin dilaciones ni condicionamientos. En otras palabras, igualdad absoluta de trato entre todos los proveedores, con independencia de su nacionalidad o el origen de sus bienes y servicios. El mejor trato que un país ofrezca a cualquier proveedor (nacional o no),

-
2. Organización Mundial del Comercio, “Acuerdo sobre Contratación Pública”, 2016. <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
 3. La UE se cuenta como una sola parte con sus veintiocho estados miembros.
 4. Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y Panamá.
 5. Organización Mundial del Comercio, “Acuerdo revisado sobre Contratación Pública”, 2016. <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

debe ser extendido a todos los proveedores originarios de los países miembros del Acuerdo.

b) Prohibición de exigir compensaciones

Así mismo, entre los principios está el de prohibir “compensaciones”,⁶ bajo el entendido que se trata de cualquier condición o compromiso que fomente el desarrollo local, como puede ser el uso de contenido nacional en las licitaciones.

c) Condiciones de participación

En el artículo VIII, el ACPr establece que los requisitos y condiciones de participación que se exija a los oferentes y, en consecuencia, los criterios con los que se evaluará las ofertas y se adjudicará la licitación, serán aquellos que sean esenciales para asegurarse de que el proveedor cuenta con la solvencia financiera y la capacidad jurídica, comercial y técnica para hacerse cargo de la contratación en ciernes. Bajo esta premisa, las condiciones de participación no deberían incluir criterios tales como participación nacional o local, o aquellos referentes a la condición o al tamaño de los proveedores.

d) Condiciones especiales para países en desarrollo

En el artículo V se incorpora una serie de disposiciones que, en esencia, busca atraer a los países en desarrollo para que adhieran al Acuerdo. Fundamentalmente, se prevé un trato especial y diferenciado, si ellos lo solicitan, condicionado a que sea un régimen temporal y de transición. Entre las medidas especiales encontramos las siguientes:

- Programas de preferencia de precios para las ofertas que incluyan bienes o servicios originarios del país en desarrollo;
- Establecimiento de “compensaciones”;
- Exclusión inicial e incorporación gradual de entidades contratantes o sectores específicos a la cobertura del Acuerdo;

6. La definición de “Compensación” consta en el artículo I, Definiciones, letra l) del ACPr.

- Establecimiento de un umbral⁷ superior al acordado de manera permanente;
- Retraso de cualquier obligación específica asumida en el ACPr por un plazo no mayor a cinco años, en caso de países menos adelantados, o de tres años para países en desarrollo;⁸ y,
- Solicitudes de cooperación técnica y de fortalecimiento de capacidades respecto a la adhesión y aplicación del ACPr.

Se ha considerado que estas medidas no son lo suficientemente atractivas para los países en vías de desarrollo, razón por la cual, en el ámbito latinoamericano, todavía no se ha dado la primera adhesión. No obstante, esto no ha sido un obstáculo para que países de la región suscriban tratados de libre comercio y otras modalidades de acuerdos que incluyen obligaciones de compras públicas, bajo los principios y contenidos del ACPr.

LA LEY MODELO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)

El segundo documento de referencia internacional en materia de contratación pública es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública⁹ de 2011, que, sin llegar a ser un tratado o acuerdo entre países o bloques de países, consiste en un modelo que resume los principios, procedimientos y prácticas más actualizadas y recomendadas al nivel global.

La ley modelo prevé las siguientes disposiciones que son de trascendencia respecto a la temática de participación internacional y los beneficios de maximizar la concurrencia:

a) Principio de igualdad

Se plantea como objetivo “Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, sin hacer distinciones por concepto

7. Todo acuerdo comercial internacional establece umbrales a partir de los cuales entra a regir su normativa, es decir, por debajo de ese umbral, cada país no está obligado respecto a los compromisos asumidos en cuanto a trato nacional, no discriminación, procedimientos, plazos, etc., y pueden aplicar reglas nacionales particulares.

8. Ecuador es considerado un país en desarrollo.

9. “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011)”, en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2016. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

de nacionalidad, a fin de promover así el comercio internacional”.¹⁰ Esta prescripción se encuentra también en el artículo 8, número 1, que señala que no se puede hacer distinciones por razones de nacionalidad, aunque inmediatamente admite la posibilidad de que el derecho interno prevea alguna regulación distinta.

b) Márgenes de preferencia

La ley modelo prevé, en su artículo 11, la posibilidad de que se incluyan márgenes de preferencia a proveedores nacionales o a los bienes de determinado origen, dentro de los criterios y procedimientos de evaluación de ofertas.

En definitiva, esta Ley Modelo es permisiva respecto a la posibilidad de aplicar mecanismos que auspicien y prioricen las ofertas nacionales, sin que ello llegue a considerarse una fractura al principio de no discriminación en la medida en que no se impida la participación internacional.

LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Esta Directiva, expedida el 26 de febrero de 2014,¹¹ aplica a las contrataciones, sobre determinado umbral, realizadas por las entidades licitantes de Estados miembros de la UE, y tiene por finalidad unificar los procedimientos y prácticas para alcanzar la plena vigencia de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, así como que la contratación pública se abra a la competencia. Si bien es cierto no es una norma que se aplique más allá del ámbito de los países miembros de la UE, se constituye en una referencia en la medida en que integra los principios, mecanismos y procedimientos más actualizados y de vanguardia dentro de la práctica internacional. Entre sus disposiciones encontramos de utilidad para nuestro análisis las que se recogen a continuación:

10. Ley Modelo de la CNUDMI, Preámbulo, letra b).

11. “Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014”, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2014. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

a) No discriminación

“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”.¹² En la simpleza de la definición subyace toda una teoría respecto a que los Estados miembros de la Unión Europea y sus poderes adjudicadores no pueden establecer condiciones, disposiciones o medidas que, de una u otra manera, generen prácticas de desigualdad entre los licitadores, sea cual sea su nacionalidad u origen de sus productos y servicios.

b) No restricción de la competencia

Muy vinculado con el anterior principio, la misma disposición señalada anteriormente establece que las entidades contratantes no deberán preparar una licitación para ubicarla ex profeso fuera del alcance o ámbito de la Directiva, ni para restringir deliberada y artificialmente la competencia. Según la Directiva, existe una intención de restringir la competencia si se verifican manifiestas condiciones para favorecer o perjudicar infundadamente a determinados proveedores o contratistas.

Como colofón del análisis del marco internacional, es claro que, para que un sistema de compras públicas sea saludable, requiere de concurrencia y transparencia, y para ello son fundamentales las garantías de no discriminación. La tendencia es propiciar una participación igualitaria entre todos los oferentes nacionales y extranjeros, sin perjuicio de determinadas políticas nacionales de apoyo a proveedores con oferta local.

EL CASO ECUATORIANO

En el año 2008 se expidieron dos cuerpos normativos de gran importancia para la contratación pública, que cambiaron radicalmente el esquema jurídico procedimental, pero, sobre todo, impusieron una visión sistémica y propiciaron el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) dentro del mercado público: la Constitución de la República del Ecuador¹³ y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).¹⁴

12. Artículo 18, número 1 de la Directiva.

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

14. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, *Registro Oficial, Suplemento* 395, 4 de agosto de 2008 y su ley reformativa publicada en el Segundo Suplemento, *RO* No. 100, 14 de octubre de 2013.

La Constitución de la República del Ecuador, por primera vez, incorpora una expresa disposición sobre las contrataciones públicas, en el siguiente tenor: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”.¹⁵

La norma prevé criterios o principios y además un mandato de priorización. En cuanto a los criterios, es evidente la ausencia de aquellos referentes a igualdad, no discriminación o maximización de la competencia. Deliberada o no, esta carencia es significativa, sobre todo porque se vincula con la priorización a la producción nacional.

EL PROBLEMA DE LAS PRIORIZACIONES

Tradicionalmente, uno de los pilares más importantes que persigue la contratación pública es la eficiencia, que se traduce en conseguir el mayor valor por el dinero¹⁶ empleado a los menores costos transaccionales posibles. La competencia es uno de los supuestos para alcanzar eficiencia, puesto que a mayor participación se obtiene mayor ventaja en la ecuación calidad-precio. Al contrario, mientras menos concurridas sean las licitaciones, se minimizan los beneficios y se generan privilegios a favor de determinados operadores económicos en detrimento del legítimo interés de todos aquellos que estuvieran en capacidad de ofertar bienes y servicios y en perjuicio de la colectividad en general, pues el Estado puede incurrir en compras costosas y de mala calidad, léase dispendio del recurso público.

Ahora bien, la contratación pública puede ser empleada como un instrumento de políticas públicas y bajo ese entendido es que la Constitución le ha encargado priorizar los productos y servicios de origen ecuatoriano, especialmente los provenientes de la economía popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas (MIPYME) unidades productivas.

15. Artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador.

16. Para conocer sobre los puntos más actualizados de la discusión por el concepto de “value for money” o “valor por el dinero” en traducción al español, ver: Penny Jackson, “Value for Money and international development: Deconstructing myths to promote a more constructive discussion”, en *OECD*, mayo de 2012. <<http://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016; “Mejor Valor por el Dinero”, en *Red Interamericana de Compras Gubernamentales*, 2016. <<http://ricg.org/mejor-valor-por-el-dinero/contenido/464/es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016,

La priorización de bienes y servicios nacionales puede implicar la aplicación de una variedad de mecanismos,¹⁷ algunos más extremos como impedir la participación de oferta no nacional (mercados cerrados), otros intermedios como la aplicación de márgenes de preferencia, que implican la posibilidad de concursar pero con desventaja frente a los oferentes de bienes y servicios nacionales, y otros de menor impacto como aquel que implica una competencia en igualdad de condiciones, pero la posibilidad de que al final, siempre que la oferta nacional esté dentro de un margen razonable de diferencia respecto a la mejor oferta que sería de origen extranjero, aquella tenga una oportunidad de mejorar su oferta para ser adjudicataria. Ejemplos prácticos de esas modalidades pueden ser los siguientes:

a) Cierre del mercado

La legislación o los pliegos, con fundamento en la normativa vigente, establecen que en determinadas licitaciones o concursos solo podrán participar proveedores con ofertas de origen nacional. Este es el caso de la contratación de consultoría¹⁸ o la disposición que señala: “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...”¹⁹

Esta modalidad implica una actitud proteccionista extrema y, a la luz de los principios internacionales, subsume todas las desventajas de la ausencia de real competencia, a más de que puede generar actitudes cómodas de parte de los beneficiarios, sin incentivos para fortalecerse y crecer.

b) Márgenes de preferencia

La legislación o los pliegos establecen que el proveedor de oferta nacional tendrá dentro de las licitaciones y concursos un puntaje o valoración económica adicional²⁰

17. Los mecanismos que prevé la LOSNCP son: definición de origen nacional (art. 6, No. 21); márgenes de preferencia (art. 25); verificación de inexistencia de oferta de origen ecuatoriano (art. 25.2); reserva de mercado (art. 25.2); desagregación tecnológica (art. 6, No. 10 y 23); cierre de mercado en consultoría (art. 37); transferencia de tecnología y conocimiento (art. 25.2); y, subcontratación preferente (art. 25.2).

18. Art. 37 LOSNCP.

19. Art. 25.2 LOSNCP.

20. Como ya se ha indicado, en el caso ecuatoriano esa disposición consta en los art. 25 y 25.2 de la LOSNCP.

que le proporcionará una ventaja sobre la oferta de origen extranjero. Un ejemplo muy simple se vería de la siguiente manera:

Tabla 1
Tabla de criterios de evaluación de ofertas

Criterio	Puntaje
Experiencia general	10
Experiencia específica	20
Capacidad técnica	20
Precio	40
Preferencia nacional	10
Total	100

Elaboración propia.

En este ejemplo se puede apreciar que los oferentes nacionales son los únicos que podrían alcanzar 100 puntos. Esa ventaja del 10%, en este ejemplo, puede ser definitiva a la hora de ganar el concurso.

Si bien es cierto que tanto el ACPr como la Ley Modelo de la CNUDMI dan cabida a la aplicación de estas modalidades bajo ciertas condiciones, se considera que tienen como desventaja que los precios finales puedan encarecerse respecto a los óptimos del mercado. En todo caso, estos mecanismos sí permiten la competencia y la concurrencia internacional, aunque con desventaja.

c) Mejora de las ofertas

Bajo este mecanismo, la competencia fluye en igualdad de condiciones en cuanto a los requisitos de participación y criterios de evaluación de ofertas, hasta que se obtienen los resultados de la licitación. Si la mejor propuesta corresponde a un oferente de bienes o servicios de origen no nacional, se debe analizar si la siguiente o siguientes mejores ofertas son de origen local. Si así fuera y esa oferta u ofertas estuvieran dentro de un rango aceptable, se abrirá una posibilidad para que las mejoren y puedan, finalmente, considerarse la mejor oferta y ser los adjudicatarios de la licitación. Este

mecanismo no está previsto en la legislación nacional²¹ y un ejemplo sencillo se vería de la siguiente forma:

Tabla 2
Tabla de criterios de evaluación de ofertas

Criterio	Puntaje
Experiencia general	10
Experiencia específica	20
Capacidad técnica	20
Precio	50
Total	100

Nota sobre la evaluación de ofertas: si la oferta mejor evaluada fuera de origen extranjero y la siguiente oferta fuera nacional y tuviera una diferencia no mayor al 10% respecto de la oferta mejor evaluada, se abrirá una etapa de mejora de ofertas tendente a que el proveedor de origen nacional iguale o mejore la oferta no nacional mejor evaluada, caso en el cual se le adjudicará el contrato.

Elaboración propia.

Tabla 3
Resultados de la evaluación de ofertas

Oferente	Origen	Puntaje
A	Nacional	88
B	Extranjero	92
C	Nacional	75

Elaboración propia.

En este caso, se abrirá la etapa de mejora de ofertas para que el proveedor *A* tenga la oportunidad de alcanzar o superar el puntaje del oferente *B*, fundamentalmente, rebajando su precio, pues será muy difícil que pueda cambiar sus condiciones técnicas. Por efecto de las reglas de la licitación, el oferente *A* podrá ser adjudicatario en dado

21. Un mecanismo como el indicado se aplica en Paraguay, aunque es referido solamente a promoción de MI-PYME. Guillermo Rozenwurcel y Lorena Drewes, "Las PyMES y las compras públicas", Programa ICT4GP, en *UNSAM*, octubre de 2012, 17. <<http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Doc16%20Las%20pymes%20y%20las%20compras%20publicas.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

caso. El oferente *C* no tendrá esa opción debido a que su diferencia respecto a la oferta *B* es mayor al 10%. Las ventajas de este sistema son que no afectan a la competencia y concurrencia y, además, la preferencia no lastima el erario público, pues siempre se adjudicará a la que realmente, no artificialmente, sea la mejor oferta.

EL PROBLEMA DE LA INMANENCIA

Otra arista de la posición ecuatoriana frente a estos asuntos relativos a eficiencia, igualdad y competencia es la inmanencia de las preferencias e incentivos. De la forma en que ha sido constitucionalizada la priorización de la oferta de origen nacional en la compra pública, debe estar presente en todo tipo de procedimiento, con independencia de cuantías, sectores, entidades licitantes, regímenes comunes o especiales, objetos contractuales, etc.

Pero además, por el texto constitucional, la obligación de priorización es perenne, sin que quepan distinciones respecto a que una oferta que califique como nacional pueda perder el derecho a sus preferencias y beneficios. Ni la ley ni cualquier norma de inferior rango a la Constitución podrán establecer otro régimen distinto, es decir, prescindir de la aplicación de criterios de priorización, y lo deberán hacer de manera permanente.

La reflexión que cabe es si esa debiera ser la mejor postura de cara a la proyección internacional de la contratación pública ecuatoriana. Mantener preferencias atemporales de carácter constitucional implica que nunca, bajo ninguna circunstancia ni al amparo de ninguna normativa, la oferta nacional competiría en condiciones de igualdad²² respecto a la de origen extranjero. De esta manera, el principio de igualdad de trato, tan presente en los documentos y las prácticas internacionales, no será aplicable en la normativa y licitaciones ecuatorianas en forma absoluta.

Una de las razones para que se establezcan estos mecanismos de preferencia es propiciar el crecimiento y la mejora continua de la producción nacional, la dinamización de los mercados locales, a más de otros motivos como pudieran ser las necesidades de balanza de pagos (que los recursos públicos no salgan de las fronteras nacionales). Si el efecto que se quiere conseguir es el crecimiento de los agentes económicos nacionales, grandes, medianos, pequeños, micros o actores de la economía popular

22. Cabe considerar el planteamiento que sustenta estas preferencias, y es que el principio de igualdad debería referirse al concepto de igualdad real, y no igualdad formal. Allí encuentra cabida la concepción de acciones afirmativas o discriminación positiva, prevista en las normas constitucionales (art. 11, No. 2, y 66, No. 4 de la Constitución de la República del Ecuador).

y solidaria, se debe pensar que, siendo exitosos, en algún momento todos llegarán a ser oferentes competitivos, que podrían concursar en cualquier mercado público nacional, regional o global. En ese momento, la preferencia constitucional inmanente y permanente podría considerarse un problema, pues, por efectos de la reciprocidad internacional, los demás países quisieran extender el mismo trato que dan a sus nacionales a los oferentes ecuatorianos y, a manera de reflejo, alcanzar para sus oferentes nacionales ese mismo trato en las licitaciones ecuatorianas. De allí que nos parece inconveniente mantener en la Constitución una regla de preferencia sin condiciones y compromisos de crecimiento de parte de los beneficiarios y, además, de forma permanente, aun en el caso de que las empresas grandes nacionales pudieran tener capacidad de competencia internacional.

EL ACUERDO COMERCIAL CON LA UNIÓN EUROPEA

Tres de los países andinos: Perú,²³ Colombia²⁴ y Ecuador,²⁵ han concluido sus negociaciones²⁶ y suscrito un Acuerdo Comercial multipartes con la Unión Europea y sus estados miembros.

En el Título VI, referente a Contratación Pública, encontramos los siguientes postulados dentro del marco de la presente reflexión:

A) PRINCIPIO DE IGUALDAD DE MANERA RECÍPROCA

La Unión Europea y sus entidades contratantes se comprometen a otorgar a los proveedores, bienes y servicios originarios de los países andinos signatarios, el mismo

23. “Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea”, en *Acuerdos Comerciales del Perú*, 2011. <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=52&Itemid=75>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

24. “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú”, en *Mincomercio Industria y Comercio*, 2011. <<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=18028>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

25. “Paquete de cierre de la negociación comercial con la Unión Europea”, en *Ministerio de Comercio Exterior*, 2016. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/paquete-de-cierre-de-la-negociacion-comercial-con-la-union-europea/>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.

26. Los marcos andinos de negociación están contenidos en las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones 598, de 11 de julio de 2004, y 667, de 8 de junio de 2007; “Normativa andina”, en *Comunidad Andina*, 2010. <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>>. Consulta: 8 de marzo de 2016. A la fecha de esta investigación (marzo de 2016), en el caso de Perú, el Acuerdo entró en vigencia el 1 de marzo de 2013. En cuanto a Colombia, todavía continúa con los trámites internos para aprobación constitucional, aunque existen aplicaciones parciales del mismo. Para Ecuador, ha concluido la negociación, pero se sigue el proceso para su incorporación al Acuerdo y pueda entrar en vigencia provisional y definitiva.

trato que a sus proveedores, bienes y servicios. En idénticas condiciones, los países andinos signatarios y sus entidades contratantes se comprometen a otorgar a los proveedores, bienes y servicios originarios de la Unión Europea y sus Estados miembros, el mismo trato que a sus proveedores, bienes y servicios.²⁷

Esto implica que ninguno de los países signatarios del Acuerdo podrá establecer condiciones o restricciones a la participación de proveedores originarios de las otras partes, bien sea que se relacionen con su afiliación o propiedad extranjera o debido a que sus bienes o servicios son de otra de las partes.²⁸

B) COMPENSACIONES

El Acuerdo estatuye que “ninguna Parte buscará, tendrá en cuenta, impondrá o exigirá una compensación”,²⁹ entendida como “cualquier condición o compromiso que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos de una Parte, tales como el uso de contenido nacional, la concesión de licencias de tecnología, las inversiones, el comercio compensatorio y acciones o requisitos similares”.³⁰

Derivado de lo indicado en el acápite “El problema de la inmanencia” supra, el Ecuador tendrá dificultades para otorgar un trato igualitario a los proveedores, bienes o servicios originarios de los países europeos, así como para no exigir “compensaciones” en sus licitaciones, a menos que hiciera una reforma al texto constitucional del artículo 288, norma suprema y superior al Acuerdo Comercial, que dispone que los bienes y servicios de origen ecuatoriano deberán ser priorizados sobre los de cualquier otro origen.³¹

C) PARTICULARIDADES DEL CASO ECUATORIANO

En el Anexo XII del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, Apéndice 1, se detalla la cobertura sobre contratación pública, es decir, allí se establece el ámbito

27. Artículo 175, número 1, letras a) y b).

28. Artículo 175, número 2, letras a) y b).

29. Artículo 175, número 7.

30. Artículo 172.

31. Según el documento “Negociación Ecuador-UE-Paquete de cierre” que contiene las precisiones que Ecuador negoció con la UE para formar parte del Acuerdo multipartes Unión Europea-Países Andinos, Ecuador no hizo ninguna salvedad o excepción a la aplicación de estas disposiciones; “Negociación Ecuador-UE-Paquete de cierre”, en Ministerio de Comercio Exterior, 2016. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/TEXTOS-NEGOCIADOS-EN-EL-ACM.pdf>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.

sometido al acuerdo tanto por umbrales, entidades contratantes, objetos contractuales (bienes, servicios, servicios de construcción) y cualquier otra particularidad que conengan las partes.

En el caso de Ecuador, aparentemente se requería un ejercicio de fina arquitectura para cuidar que no se vulnerara el mandato de priorización del artículo 288 de la Constitución, que resulta contradictorio con las disposiciones sobre el principio de igualdad y la prohibición de exigir “compensaciones” dentro de las licitaciones cubiertas por el Acuerdo. No obstante, en relación con la disposición constitucional, no encontramos más que las previsiones que siguen:³²

- i) Umbrales: Ecuador ha negociado umbrales superiores a los acordados por Perú y Colombia,³³ aunque de manera transitoria (durante los cinco primeros años). En materia de mercancías y servicios, los umbrales sobre los cuales se da la cobertura bajo las normas del Acuerdo son:

Tabla 4

Tipo de entidad	Valor en DEG ³⁴ – primeros 5 años de entrada en vigor	Valor en DEG– primeros 5 años de entrada en vigor
Gobierno central	260.000	130.000
Nivel subcentral ³⁵	350.000	200.000
Otras entidades ³⁶	400.000	400.000

Fuente: Anexo XII, Contratación Pública, Apéndice I, Cobertura sobre Contratación Pública, Sección A, Ecuador. Acuerdo Multipartes Unión Europea-Países Andinos.

Elaboración propia.

32. “Anexo XII, Contratación Pública, Apéndice I, Cobertura sobre Contratación Pública, Sección A, Ecuador”, en Ministerio de Comercio Exterior, 2016. <<http://www.comercio-exterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/EQU-ANEXO-COBERTURA-CONTRATACION-PUBLICA-1.pdf>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
33. Mientras que, para mercancías y servicios, Perú y Colombia han negociado un umbral de 130.000 DEG para el gobierno central, Ecuador lo ha hecho por el doble durante el período de transición. Eso se debe a que, en tanto los dos primeros países tienen una actitud activa, para conseguir mercados europeos para sus empresas (por ello los umbrales bajos), Ecuador ha negociado con una actitud pasiva o proteccionista, por ello quiere defender el mayor espacio posible de su mercado interno, subiendo los umbrales para que el Acuerdo no sea aplicable por debajo de ellos.
34. DEG: Derechos Especiales de Giro, constituyen un activo de reserva internacional creado en 1969 por el Fondo Monetario Internacional para complementar las reservas oficiales de los países miembros. Su valor está basado en una canasta de cuatro monedas importantes. “Derechos Especiales de Giro DEG”, en *Fondo Monetario Internacional*, noviembre de 2015. <<https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
35. En el caso ecuatoriano, corresponden a los gobiernos del régimen descentralizado y autónomo.
36. En el caso ecuatoriano, son las empresas públicas.

Para servicios de construcción, los umbrales acordados fueron los que se apuntan enseguida:

Tabla 5

Tipo de entidad	Valor en DEG– primeros 5 años de entrada en vigor	Valor en DEG– primeros 5 años de entrada en vigor
Gobierno central	6'000.000	5'000.000
Nivel subcentral	6'000.000	5'000.000
Otras entidades	6'000.000	5'000.000

Fuente: Anexo XII, Contratación Pública, Apéndice I, Cobertura sobre Contratación Pública, Sección A, Ecuador. Acuerdo Multipartes Unión Europea-Países Andinos.

Elaboración propia.

Desde luego, esta no constituye una modalidad de priorización a los bienes y servicios ecuatorianos integral, pues por encima de dichos umbrales, competirán en igualdad de condiciones respecto a los provenientes de la Unión Europea.

- ii) Exclusión de entidades: Se pactan exclusiones de determinadas entidades contratantes, cuando realizan adquisiciones de bienes o servicios específicos o las licitaciones se refieren a ciertos sectores económicos.³⁷ Las excepciones son puntuales, por lo que tampoco se está cumpliendo de manera cabal con el mandato constitucional del artículo 288.
- iii) Exclusiones de mercancías: Un grupo de bienes, por sus características de estratégicas para el estado, han sido excluidos de la cobertura del Acuerdo.³⁸ Las exclusiones son particulares y no responden al criterio de priorización de la producción nacional.
- iv) Condiciones en la contratación de servicios de la construcción: Las entidades contratantes del Ecuador podrán establecer condiciones relacionadas con la contratación de

37. En el gobierno central, se acuerda excluir del ámbito del Acuerdo al Ministerio Coordinador de Seguridad, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ministerio del Interior y Secretaría de Inteligencia, sobre todo sus adquisiciones relacionadas con seguridad y defensa nacional; al Ministerio Coordinador de Desarrollo Social y al de Educación (con sus entidades adscritas y coordinadas) para contrataciones de construcción de unidades educativas, material didáctico y uniformes escolares; al Ministerio de Inclusión Económica y Social para contrataciones relacionadas con programas de asistencia social; al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca para las adquisiciones de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos, relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria; y, finalmente, al Consejo Nacional Electoral para contrataciones relacionadas con procesos electorarios. En cuanto a las entidades del nivel subcentral, se excluyen a los Gobiernos Autónomos Parroquiales.

38. Se excluyen las mercancías señaladas en el clasificador internacional CPC: División 12 (petróleo crudo y gas natural); División 333 (aceites de petróleo); División 334 (gases de petróleo y otros hidrocarburos gaseosos); División 341 (productos químicos orgánicos básicos).

personal local en áreas rurales. Estas actividades pueden generar empleabilidad para MIPYMES y actores de la economía popular y solidaria en áreas como construcción, mantenimiento o rehabilitación de carreteras y autopistas. Es evidente que es una medida parcial y puntual de promoción de estos actores de las compras públicas.

- v) Exclusiones generales: A más de lo anterior, se ha acordado algunas exclusiones de carácter general. Salvo aquella relacionada con los programas y procedimientos de contratación pública reservados a las medianas, pequeñas y micro empresas (MIPYME), así como a los actores de la economía popular y solidaria, las demás no se han establecido en salvaguardia del principio de priorización previsto en la Constitución.³⁹
- vi) Desagregación tecnológica: En la publicación del Anexo XII⁴⁰ se indica que el texto del acuerdo negociado con la UE se hace público únicamente para efectos de información y transparencia. Consta un párrafo resaltado que dice: “2. Desagregación tecnológica (DT): DT para obras y bienes con un porcentaje de hasta 40% con temporalidad de 5 años (drafting to be agreed⁴¹)”. No obstante, en otra publicación de la Comisión Europea, se hace referencia a este aspecto como que ha sido negociado y aceptado⁴². La transparencia no es tal cuando la información es imprecisa o poco clara. En este caso, no podemos afirmar que esta previsión ha sido aceptada por las partes. En el supuesto que así se hubiera acordado, este mecanismo sí pudiera considerarse como una aplicación del mandato de priorización de la producción nacional, mas por ser meramente temporal, se lo desatenderá luego de los cinco primeros años de vigencia.

CONCLUSIONES

En el año 2008, Ecuador adoptó un nuevo régimen de contratación pública caracterizado por un enfoque sistémico, donde sobresalen los pilares de transparencia,

39. Estas exclusiones se refieren a los siguientes aspectos: a) a las contrataciones de mercancías y servicios en el sector defensa y seguridad pública, que realicen las fuerzas armadas, la policía nacional o la Secretaría Nacional de Inteligencia que sean estratégicas para la defensa nacional y seguridad pública; b) a los programas y procedimientos de contratación pública reservados a las medianas, pequeñas y microempresas (MIPYME), así como a los actores de la economía popular y solidaria, siempre que estos cumplan con los mismos criterios de tamaño que se exigen a las MIPYME para ser consideradas como tales; c) a la contratación de mercancías para programas de ayuda alimentaria; d) a las realizadas por todas las instituciones del sector público que se encuentren ubicadas en Galápagos, así como todas las contrataciones realizadas con incidencia en esa región especial; e) a la contratación de mercancías, servicios y servicios de construcción que adquieran o contraten para el funcionamiento las Misiones del Servicio Exterior de la República del Ecuador; y f) las contrataciones hechas por una entidad ecuatoriana a otra entidad ecuatoriana.

40. Disponible en <http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/ECU-ANEXO-COBERTURA-CONTRATACION-PUBLICA-1.pdf>.

41. [borrador a ser acordado] Traducción del autor.

42. “Annex XII, Government Procurement, Appendix I, Coverage on Government Procurement, Section D, Ecuador”, en European Commission, Trade, febrero de 2015. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153162.%20ECU%20coverage%20of%20GP.pdf. Consulta: 8 de marzo de 2016.

empleo de las TIC, y políticas de apoyo a la producción nacional, actores MIPYME y de la economía popular y solidaria. Inclusive, la priorización a productos y servicios nacionales se ha convertido en un mandato constitucional. De esta caracterización de las compras públicas se desprenden algunos rasgos característicos de su proyección internacional.

1. El marco de referencia internacional se guía por los principios de igualdad, no discriminación y máxima competencia. Bajo esos postulados, las principales finalidades de las compras públicas son conseguir procesos transparentes y eficientes. La licitación⁴³ abierta y sin condicionamientos de participación es el procedimiento que más aporta transparencia, en la medida que no sesga, no incluye criterios discriminatorios y no excluye concurrencia. Igualmente, aporta eficiencia como resultado natural de la propia competencia. Si bien es cierto, algunos documentos que constituyen el marco de referencia internacional, analizado en el punto 2 supra, prevén la posibilidad de que se establezcan criterios de preferencia nacional en las licitaciones, no la consideran una situación deseable y que se pueda aplicar de manera generalizada, a menos que estuviera debidamente autorizada y regulada por la normativa vigente.
2. Como se ha demostrado a lo largo de la exposición, la legislación ecuatoriana tiene mucha propensión a una política de defensa de los recursos nacionales, y busca que ellos generen crecimiento de los actores económicos ecuatorianos en las ramas de la industria, manufactura, servicios, construcción, etc. A nuestro juicio, la aplicación de estos objetivos dentro de las contrataciones públicas tienen la desventaja de sacrificar la eficiencia, puesto que puede implicar dejar de lado las mejores ofertas en cuanto a calidad y precio, por no considerarse de origen nacional. Se convierte prácticamente en un subsidio costado con recursos públicos a determinados agentes económicos que, por diferentes circunstancias, no han alcanzado un adecuado nivel de competitividad. Resaltamos además que la aplicación de preferencias sin un compromiso de crecimiento de parte de los beneficiarios, implica un riesgo de generar actitudes conformistas. Esto mismo puede ocurrir con preferencias de carácter permanente y sin intermisión, y no se justifica cuando existen empresas grandes con capacidad de competir internacionalmente.
3. La *constitucionalización* de las preferencias impedirá dar trato nacional bajo ninguna circunstancia, puesto que cualquier tratado o acuerdo internacional no

43. Independientemente de su denominación, entendemos por licitación todo procedimiento que implica una convocatoria amplia y universal, que no presenta obstáculos indebidos a la participación de todo oferente que tuviere las capacidades legales y las condiciones técnicas y financieras para ofertar de manera competitiva.

puede ser adoptado si no es conforme a la norma suprema. Distinto sería si esos mecanismos de priorización estuvieran establecidos en un rango legal, en ese supuesto, las normas de carácter internacional que adopte el país tendrán el carácter de prevalente. Esto ha constituido una traba difícil de sobrellevar en la negociación del Acuerdo Comercial con la UE, y continuará siendo un obstáculo de ardua elusión para los tratados que se negocien a futuro.

4. El Acuerdo Comercial negociado por el Ecuador prevé, en materia de contratación pública, trato igual entre proveedores, bienes y servicios nacionales y los provenientes de la UE, con algunas salvedades parciales y transitorias. Esto no es conforme a lo dispuesto por el artículo 288 de la Constitución, que prevé una priorización permanente, atemporal e inmanente, sin condicionamientos, a los productos y servicios de origen ecuatoriano.
5. Una posible salida, sin variar el marco constitucional vigente, sería adoptar mecanismos que posibilitaran una competencia en igualdad de condiciones durante la licitación,⁴⁴ pero con una posibilidad final concedida al proveedor de oferta nacional de igualar o mejorar la oferta extranjera, en la medida que ella resultara la mejor calificada o la menos costosa. Definitivamente los mecanismos de cierre de mercados y de preferencias perennes e incondicionales a la producción nacional dan a la compra pública ecuatoriana un cariz proteccionista y de poca apertura, que eventualmente pudiera tener consecuencias negativas en el trato que se pueda dar a los proveedores ecuatorianos en el exterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Araya Allende, Juan. “Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados”. *CEPAL*. Abril de 2008. <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/4407-las-compras-publicas-en-los-acuerdos-regionales-de-america-latina-con-paises>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- Baca Romero, Mario Augusto. “Contratación pública y la aplicación del principio de trato nacional contenido en tratados o acuerdos internacionales”. *Jus Gestión Pública*, No. 3 (mayo-junio 2008).
- Benavides, José Luis. “La internacionalización de los contratos públicos”. En *Memorias de las X Jornadas de derecho administrativo: incertidumbre en la contratación estatal*. Dirigido por Jaime Santofimio y José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

44. Explicado en el acápite “El problema de las priorizaciones” (c) supra.

- Bezchinsky, Gabriel, y Guillermo Rozenwurcel. *Compras públicas: costos y beneficios de los procesos de integración regional en el marco de los tratados de libre comercio*. Buenos Aires: UNSAM, 2011.
- Córdova, Jesús. “La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio-TLC. Un modelo para armar”. *Gestión Pública* (2007). <http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2007/compest_07_5.pdf>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- Gimeno Feliú, José María. *Las nuevas directivas de contratación pública*. Navarra: Aranzadi, 2015.
- Jackson, Penny. “Value for Money and international development: Deconstructing myths to promote a more constructive discussion”. *OECD*. Mayo de 2012. <<http://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- Kattel, Rainer, y Veiko Lember. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?”. *Journal of Public Procurement*, vol. 10, No. 3. The National Institute of Governmental Purchasing, Inc., The U.S. General Services Administration, and Florida Atlantic University Public Procurement Research Center. (2010).
- Linares Jara, Mario. *Contratación pública. Derecho local, internacional y de la integración*. Lima: Grijley-Linares Consultores, 2008.
- Moreno Molina, José Antonio. “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública”. <http://jornadasletrados.castillalamancha.es/sites/jornadasletrados.castillalamancha.es/files/documentos/ponencias/nuevas_directivas_contratacion_publica.pdf>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- Moreno Molina, José Antonio, Francisco Puerta Seguido, Jesús Punzón Moraleda y Alfredo Ramos Pérez Olivares. *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Madrid: Las Rozas, 2016.
- Rodríguez, Jaime, José Antonio Moreno, Ernesto Jinesta y Karlos Navarro. *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. San José Costa Rica: Guayacan, 2011.
- Rozenwurcel, Guillermo, y Lorena Drewes. “Las PyMES y las compras públicas”. Programa ICT4GP. *UNSAM*. Octubre de 2012. <<http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Doc16%20Las%20pymes%20y%20las%20compras%20publicas.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- Ulloa, Alfie. “El Mercado Público y los Acuerdos Comerciales, un análisis económico”. *CEPAL*. Abril de 2006. <<http://biblioteca.ricg.org/el-mercado-publico-y-los-acuerdos-comerciales-un-analisis-economico/publicacion/2/es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

OTROS

- “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú”. *Mincomercio Industria y Comercio*. 2011. <<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=18028>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

- “Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea”. *Acuerdos Comerciales del Perú*. 2011. <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=52&Itemid=75>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Acuerdo revisado sobre Contratación Pública”. *Organización Mundial del Comercio*. 2016. <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Acuerdo sobre Contratación Pública”. *Organización Mundial del Comercio*. 2016. <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Anexo XII, Contratación Pública, Apéndice I, Cobertura sobre Contratación Pública, Sección A, Ecuador”. *Ministerio de Comercio Exterior*. 2016. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/EUCO-ANEXO-COBERTURA-CONTRATACION-PUBLICA-1.pdf>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
- “Annex XII, Government Procurement, Appendix I, Coverage on Government Procurement, Section D, Ecuador”. *European Commission, Trade*. Febrero de 2015. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153162.%20EUCO%20coverage%20of%20GP.pdf>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Derechos Especiales de Giro DEG”. *Fondo Monetario Internacional*. Noviembre de 2015. <<https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014”. *Diario Oficial de la Unión Europea*. 2014. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011)”. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. 2016. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html>. Consulta: 8 de marzo de 2016).
- “Mejor Valor por el Dinero”. *Red Interamericana de Compras Gubernamentales*. 2016. <<http://ricg.org/mejor-valor-por-el-dinero/contenido/464/es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Negociación Ecuador-UE. Paquete de cierre”. *Ministerio de Comercio Exterior*. 2016. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/TEXTOS-NEGOCIADOS-EN-EL-ACM.pdf>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
- “Normativa andina”. *Comunidad Andina*. 2010. <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “OECD Principles for Integrity in Public Procurement”. *OECD*. 2009. <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.
- “Paquete de cierre de la negociación comercial con la Unión Europea”. *Ministerio de Comercio Exterior*. 2016. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/paquete-de-cierre-de-la-negociacion-comercial-con-la-union-europea/>>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
- “¿Qué es el ObCP?”. *Observatorio Contratación Pública*. 2011. <<http://www.obcp.es/>>. Consulta: 8 de marzo de 2016.

TEXTOS NORMATIVOS

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

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

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 2 de julio de 2016

Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea

*Juan Aguirre Ribadeneira**

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre la apertura del mercado de la contratación pública prevista en el Acuerdo Comercial Multipartes (ACM) y sus incidencias en el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP). Habiendo transcurrido más de dos años desde que en julio de 2014 la Comisión Negociadora del Ecuador suscribió el acuerdo preliminar, no se han generado acciones tendentes a informar y capacitar a los operadores del sistema (entidades contratantes, proveedores, organismos de control, organismo rector, veedurías). El país desconoce el alcance del ACM en materia de contratación pública, qué modificaciones deben realizarse a las condiciones de participación, si se mantendrá igual o con ciertas limitaciones el sistema de preferencias que la Constitución de la República y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevén para la producción nacional en especial de las micro, pequeñas y medianas empresas y de los actores de la economía popular y solidaria.

Acercarnos a esta temática a través de la revisión y análisis jurídico del acuerdo internacional, en materia de contratación pública, comparándolo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano a fin de observar los retos y oportunidades, son los temas a tratar en esta aportación.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, acuerdo comercial multipartes, Unión Europea, apertura al mercado, sistema de preferencias, producción nacional, trato nacional, medida, compensación, transparencia.

ABSTRACT

This paper deals with Ecuador's accession to the Multiparty Trade Agreement (MTA) with the European Union (EU) and its effects on the National Public Procurement System due to the opening of markets. It has been more than two years since July 2014 that the Negotiating Committee of Ecuador signed a preliminary

* Presidente del Estudio Diezconsultores Excelencia Cía. Ltda. Docente universitario.

agreement. No internal actions have been taken to inform about the content of the agreement and its scope, neither system operators have been trained (suppliers, institutions, structures responsible for public procurement, supportive bodies, supervision bodies). In Ecuador in 2008 the Organic Law of the National System of Public Procurement –LOSNCPP– was issued, encouraging the national component of the products purchased and especially supporting the participation of the grassroots solidarity economy and micro, small and medium-sized units. In response to the agreement, what changes should be made to the conditions of participation of suppliers? Is the present constitutional and legal system of preferences appropriate?

We will approach this issue through the review and legal analysis of this international agreement on public procurement, pointing out challenges and opportunities.

KEYWORDS: Public procurement, multiparty trade agreement, European Union, opening markets, system preferences, national production, national treatment, measurement, compensation, transparency.

FORO

INTRODUCCIÓN

El Ecuador llegó, en julio de 2014, a un acuerdo comercial preliminar con la Unión Europea destinado a la apertura de mercados que considera por primera vez convenciones sobre contratación pública, por lo que su inminente entrada en vigencia¹ abre una serie de interrogantes sobre las oportunidades que el Acuerdo Comercial Multipartes ACM ofrece al mercado público, su incidencia en la producción nacional y en el sistema nacional de contratación pública, creado a consecuencia de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.²

Luego de casi cuatro años de negociaciones el Ecuador cerró un acuerdo con la Unión Europea que, conforme al principal del Ministerio de Comercio Exterior de ese entonces, “potencia al máximo las oportunidades, reduce a su mínima expresión

-
1. “Acuerdo de Ecuador con la Unión Europea se firmaría el próximo 11 de noviembre”, *El Universo*, 11 de julio de 2016. (<http://www.eluniverso.com/noticias/2016/07/11/nota/5685813/acuerdo-ecuador-union-europea-se-firmaria-proximo-11-noviembre>). Consulta: 3 de agosto de 2016.
 2. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) fue publicada en el Suplemento del *Registro Oficial*, No. 395 de 4 de agosto de 2008, y modificada mediante Ley Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LORLOSNCPP, publicada en el Suplemento del *Registro Oficial*, No. 100, 14 de octubre de 2013.

los costos, respeta el modelo de desarrollo del país y permite proteger a nuestros sectores sensibles”,³ y que trata varios asuntos comerciales económicos organizados en diferentes mesas de negociación sobre inversiones, servicios públicos, propiedad intelectual, acceso a mercados de bienes agrícolas y bienes no agrícolas, reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, compras públicas, política de competencia, facilitación de aduanas, comercio y desarrollo sostenible, solución de diferencias,⁴ etc., sin embargo, el presente artículo se limitará a lo negociado por el Ecuador en la Mesa de “Compras Públicas”, exclusivamente.

La importancia de la contratación pública es evidente tomando en consideración que constituye un mercado fundamental en la economía del país. En efecto, en el año 2013 significó el 11,48% del PIB, en el 2014 el 8,11% y en el 2015 el 6,79%, y; en los mismos años representó el 33,50, 23,9, y 20,32% del Presupuesto General del Estado (inicial),⁵ mientras que las compras de las organizaciones públicas en la UE suponen aproximadamente el 18% del PIB, del que solo un 5% se tramita por medios electrónicos.⁶

Conocer los aspectos relacionados con la apertura y la reserva que se hayan efectuado a través de los umbrales de contratación (montos sobre los cuales se debe realizar la convocatoria a los países europeos para participar en procesos públicos competitivos para la satisfacción de las necesidades públicas) y las excepciones de aplicación del ACM es un asunto que se requiere analizar para determinar la posible incidencia del tratado en la contratación pública ecuatoriana; y, desde esa perspectiva, proyectar los cambios que deberán operar en los procedimientos de contratación previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ya que una vez aprobado el tratado, conforme el procedimiento constitucional, este deberá aplicarse de manera obligatoria, y por tanto modificará las condiciones de participación en la contratación pública, los pliegos, la forma de realizar convocatorias, los plazos de presentación de ofertas, el sistema de preferencias (valor agregado ecuatoriano VAE, tamaño de los proveedores, localidad), entre otras.

Bajo este esquema no solo es totalmente oportuno el presente trabajo sino que es un tema necesario y de actualidad, ya que si el país asumió la responsabilidad o desa-

-
3. “Ecuador y la Unión Europea cierran acuerdo comercial multipartes tras 4 años de negociaciones”, Agencia Pública de Noticias de Ecuador y Suramérica Andes, 17 de julio de 2014. <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-union-europea-cierran-acuerdo-comercial-multipartes-tras-cuatro-anos-negociaciones>>. Consulta: 21 agosto 2104.
 4. Alberto Acosta, “Amenazas de un TLC con la Unión Europea o la Constitución como punto de partida en las relaciones internacionales”, en Hugo Jácome, coord., *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea* (Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2012), 72.
 5. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, “Informe de labores 2014”, Quito, s. f., 57.
 6. Sociedad Española de Directivos de la Salud, “Marco Regulatorio Europeo en Contratación Pública”. <<http://sedisasigloxxi.es/spip.php?article401>>. Consulta: 22 de noviembre de 2015.

fio de acordar la apertura del mercado de contratación pública, entonces debe conocer su incidencia desde la perspectiva jurídica relacionada con posibles impactos a los procedimientos de contratación; si el sistema de preferencias, en términos de inclusión social y desarrollo local, podría verse afectado; y cuáles serían las modificaciones que se deberían realizar para ponerlo acorde a las condiciones pactadas en el ACM. Estos asuntos trataremos justamente en el presente artículo.

EL ACUERDO COMERCIAL MULTIPARTES (ACM), TÍTULO VI “COMPRAS PÚBLICAS”, ANEXO XII “CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Las convenciones sobre contratación pública previstas en el Acuerdo Comercial Multipartes se organizan en dos segmentos interrelacionados entre sí; el primero previsto en el Título VI del ACM, que va desde el artículo 172 al 194, y que contiene las disposiciones normativas aplicables a las partes suscriptoras, se trata pues del desarrollo normativo conceptual de la contratación pública, y, si lo revisamos con detenimiento, observaremos que casi no existe una diferencia con relación a lo suscrito por Colombia y Perú; y, la segunda, que es el Anexo XII en el que constan las ofertas recíprocas que las partes realizan respecto a la apertura a los procedimientos de contratación.⁷

El Título VI “Contratación Pública” del ACM tiene como objetivo la apertura de los mercados de contratación gubernamental⁸ de los países que conforman la Unión Europea y el Ecuador, para lo cual se establece el marco jurídico al que se someterán las partes en las adquisiciones de bienes y servicios, término último que incluye tanto el concepto de consultoría como el de ejecución de obras, salvo que expresamente se señale lo contrario.

Parte de un listado de definiciones que precisan el alcance o significado de cada una de las locuciones que en él se utilizan; continúa con el ámbito de aplicación, excepciones, principios, publicación de información, publicación de avisos de las contrataciones que vayan a realizar las partes, las condiciones de participación, tipos

7. Siendo un Acuerdo Comercial negociado con los países de la región andina, existen sendos anexos específicos negociados por la Unión Europea con Colombia, Perú y Ecuador. En el presente trabajo nos referimos de forma exclusiva al anexo ecuatoriano y, cuando señalemos “las partes”, estas serán la Unión Europea y Ecuador.

8. En el presente estudio se denomina “contratación gubernamental”, “compras gubernamentales”, “contratación estatal”, “compras públicas” o “contratación pública” como sinónimos de la contratación de obras, bienes y servicios destinada a la satisfacción de necesidades públicas que requieren las entidades que conforman el “nivel central de gobierno”, “entidades del nivel sub-central de gobierno” y “otras entidades cubiertas” que constituye la cobertura de contratación pública negociada en el Acuerdo Comercial Multipartes.

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

El acuerdo comercial en materia de contratación pública fomenta el intercambio internacional de bienes y servicios en el mercado público, busca eliminar barreras de entrada o cualquier elemento que se pueda considerar contrario a la igualdad de condiciones de acceso a las oportunidades de provisión de bienes y servicios que requieren los estados para el cumplimiento de sus fines y objetivos. En tal sentido precautela la igualdad de participación en procedimientos de contratación pública de empresas proveedoras originarias de cualquiera de las partes que deben tener asegurado un trato nacional y no discriminatorio en su participación en las compras gubernamentales.⁹

El andamiaje jurídico del Acuerdo Comercial Multipartes se sostiene sobre pilares de la estructura del libre comercio: libertad para comercializar bajo el supuesto de igualdad de las partes intervinientes, sin considerar el desarrollo asimétrico de los mercados y con ello las diferencias de oportunidades de colocación de los productos en el mercado, salvo el concepto de trato especial y diferenciado.

El Anexo XII “Contratación Pública” se divide en ocho Apéndices, y el primero, a su vez, consta de siete subsecciones conforme lo siguiente:

- Apéndice I: Cobertura sobre contratación pública. Sección A-Ecuador. Aquí se establece el listado de las entidades a las que abarca el acuerdo, tanto del nivel central, subcentral y otras; las que aplicarán los respectivos umbrales discriminando para bienes y servicios; y los servicios de construcción; reglas de aplicación a mercancías, servicios, servicios de construcción (obras) y excepciones generales.
 - Subsección I: Entidades de nivel central del gobierno.
 - Subsección II: Entidades del nivel subcentral de gobierno.
 - Subsección III: Otras entidades cubiertas.
 - Subsección IV: Mercancías.
 - Subsección V: Servicios, salvo de la construcción.

9. Méntor Villagómez, “Acuerdo Comercial Multipartes Ecuador-Unión Europea”, *Afese*, No. 56. <<http://eulac.foundation.org/es/system/files/Acuerdo%20comercial%20Ecuador-UE.pdf>>. Consulta: 21 de agosto de 2015. “Se otorga trato nacional y no discriminatorio para los proveedores de las partes en el Acuerdo, con respecto a la contratación de bienes y servicios, pero sujetos a varias excepciones y exclusiones”.

- Subsección VI: Servicios de construcción.
- Subsección VII: Notas Generales.
- Apéndice II: Medios para la publicación de información sobre contratación pública, que se cumple con señalar una dirección electrónica con la obligación de que en ese sitio esté colocada toda la información y medidas relacionadas a la contratación pública cubierta. El Ecuador ha señalado, para tal fin, el portal institucional del SERCOP: <www.compraspublicas.gob.ec>, y la Unión Europea, el Diario Oficial de la Unión Europea: <<http://simap.europa.eu>>.
- Apéndice III: Medios para publicación de avisos, esto es, las direcciones electrónicas en la que las partes publicarán cada una de las convocatorias a los procedimientos de contratación sujetas al ACM. Las direcciones que han acordado son las mismas que las mencionadas en el Apéndice II.
- Apéndice IV: Avisos de contratación pública cubierta, por este término se conoce a las convocatorias o invitaciones que se realicen para seguir los procedimientos de contratación previstos en el ACM.

Los avisos deben considerar un contenido mínimo, como: nombre de la entidad contratante, objeto (descripción) de la contratación, plazo, la determinación de qué procedimiento se va a efectuar conforme el ACM; cronograma del procedimiento que incluirá necesariamente el lugar y fecha límite para la presentación de la oferta, idioma en que podrá presentarse la oferta; requisitos que debe cumplir los oferentes, salvo que ello se especifique en los pliegos; y, de tratarse de un procedimiento de licitación selectiva, los criterios que se tendrán en cuenta para la selección a los proveedores y el límite en el número de participación, de ser el caso.

- Apéndice V: Avisos invitando a proveedores interesados a solicitar su inclusión en la lista de usos múltiples, son las convocatorias para esta modalidad que consiste en la facultad de que las entidades contratantes cuenten con proveedores calificados para la provisión de determinados bienes y servicios; con los cuales se contratará a futuro. Se trata de un procedimiento de precalificación.
- Apéndice VI: Plazos, los que varían según el procedimiento de contratación de que se trate. De manera general, si es licitación pública, será de un mínimo de cuarenta (40) días posteriores a la fecha de publicación del aviso de contratación pública prevista; plazo que podrá reducirse a no menor a diez (10) días, en caso de aviso de contratación programada, avisos de contrataciones recurrentes, situación de urgencia o cuando el único criterio de adjudicación sea el precio (aplicable a subastas electrónicas, por ejemplo). En licitación selectiva, el plazo no será menor a veinticinco (25) días, sin embargo, por razones de urgencia debidamente justificadas podrá reducirse a no menor de diez días contados desde la convocatoria.

Se debe resaltar que el ACM establece el caso en que la presentación de ofertas pueda hacerse en un plazo de cinco (5) días contados desde el aviso de contratación, siempre que se cumplan tres condiciones: a) publicación del aviso por medios electrónicos; b) que los pliegos sean puestos en conocimiento utilizando medios electrónicos; y c) que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos. El Sistema de Contratación Oficial del Estado (SOCE) cumple con los primeros dos requisitos, faltando la implementación de la presentación de la oferta de forma electrónica con todos los requisitos jurídicos para su validez.

- Apéndice VII: Aviso de adjudicación, significa la publicación de la decisión de celebrar el contrato con determinado proveedor por parte de la entidad contratante; habiéndose previsto un contenido mínimo.
- Apéndice VIII: Pliego de condiciones; que deberán contener una descripción completa del objeto de la contratación, se ha acordado que el pliego tenga un contenido mínimo, el mismo que está acorde a lo previsto en la legislación nacional.

LAS NORMAS JURÍDICAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El ACM contiene normas jurídicas que, acorde al principio de jerarquía constitucional previsto en el artículo 425 de la Carta Fundamental, tienen preeminencia incluso sobre las leyes orgánicas, en tal sentido, una vez que este cuente con la ratificación y vigencia, lo pactado sobre compras gubernamentales se deberá observar y cumplir, actuando la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como norma supletoria en todo lo que no se oponga al convenio internacional.

- El ACM plantea el concepto de contratación pública cubierta¹⁰ que es aquella que realizan entidades contratantes, listadas de forma expresa en el Anexo XII, con fines gubernamentales y que tenga por objeto la adquisición de mercancías y servicios cuyo valor del presupuesto referencial sea igual o mayor al umbral pactado por las partes.

10. Ministerio de Comercio Exterior, “Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea”, julio 2014. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/paquete-de-cierre-de-la-negociacion-comercial-con-la-union-europea/>>. Consulta: 21 de octubre de 2015; art. 173, numeral 2, “[...] ‘contratación pública cubierta’ se entiende la contratación realizada para propósitos gubernamentales de mercancías, servicios, o cualquier combinación de estos de conformidad con la especificado, respecto a cada Parte, en el Apéndice 1 del Anexo XII (Contratación pública)”.

Desde la perspectiva del comercio internacional y apertura al mercado la negociación del umbral que se utilizará en la contratación pública cubierta es determinante, ya que un umbral bajo amplía las posibilidades de colocación de bienes y servicios extranjeros en el mercado nacional, siendo esta una visión aperturista al desarrollo del comercio global; en cambio, un umbral alto busca proteger los bienes y servicios que proporciona la industria nacional y sus efectos en empleo, calidad de vida de la población y buen vivir.¹¹

Desde lo jurídico, el umbral es decisivo para implementar las condiciones de participación acordadas en el convenio internacional puesto que solo las contrataciones que se realicen por debajo del umbral deberán efectuarse conforme las normas jurídicas previstas en la LOSNCP, su reglamento general de aplicación y las resoluciones del SERCOP; y las que sean iguales o por sobre el umbral deberán observar, de forma preeminente, las convenciones del ACM, entre ellas: i) convocar obligatoriamente a proveedores europeos a través del “aviso de contratación pública prevista”, que consiste en publicar el llamado a ofertar en el Diario Oficial de la Unión Europea <<http://simap.europa.eu>>, ii) utilizar el procedimiento de contratación de “licitación pública” o “licitación selectiva” o “subasta inversa” según lo decida la entidad contratante; iii) elaborar el pliego que regirá el procedimiento de contratación aplicando los principios acordados, que son los de libre comercio, trato nacional, no discriminación, transparencia; y iv) observar los plazos acordados para la presentación de ofertas contados desde la publicación del aviso de contratación; y, v) considerar los plazos para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

- El principio de trato nacional,¹² dar el mismo trato a nacionales y extranjeros, está previsto en el artículo 175 del ACM por el que las partes acuerdan, de forma inmediata e incondicional, dar a las mercancías y servicios que ellas proporcionan “un trato no menos favorable” que el que dan a sus propias mercancías y servicios; en otras palabras, en el comercio de bienes y servicios sujetos a la

11. Rafael Correa, *Ecuador: De Banana Republic a la No República* (Bogotá: Debate, 2012), 149. “La idea de que el libre comercio beneficia siempre y a todos, es simplemente una falacia o una ingenuidad extrema más cercana a la religión que a la ciencia, y no resiste un profundo análisis teórico, empírico o histórico. Mientras que sin duda una adecuada especialización y comercio entre países con similares niveles de desarrollo puede ser de gran beneficio mutuo, una liberalización comercial a ultranza entre economías con grandes diferenciales de productividad y competitividad significa graves riesgos para los países de menor desarrollo relativo, dada la probable destrucción de su base productiva, y, con ello, la pérdida de puestos de trabajo sin capacidad de crear nuevos empleos, todo lo cual constituye una verdadera catástrofe social”.

12. Robert J. Carbaugh, *Economía internacional*, 6a. ed. (México: International Thomson, 1998), 175. “De acuerdo con el principio de trato nacional, los países miembros del GATT deben tratar a las industrias de otras naciones igual que a sus industrias nacionales una vez que se introdujeron bienes extranjeros en el mercado interno”.

contratación pública cubierta no puede incorporarse, de forma válida y legal, ninguna medida destinada a la protección de la producción nacional.

Este principio parecería limitar la aplicación del sistema de preferencia destinado a la protección de los bienes y servicios nacionales provistos por MI-PYME y AEPYS, limitación que en mi criterio no sería inconstitucional ya que el artículo 288 de la Constitución de la República¹³ establece el concepto de priorización y no de exclusividad. Por el principio de trato nacional los bienes y servicios extranjeros deben tener las mismas condiciones de participación que los producidos o prestados por proveedores nacionales, aplica entonces la ficción jurídica de que estos son nacionales,¹⁴ ya que sostener lo contrario, los discriminaría.

Ello implica que tanto las mercaderías y servicios como las personas naturales y jurídicas que los proveen deben ser considerados, a través de una ficción jurídica, como “nacionales” de los países donde se realizará la compra. En efecto, la ficción jurídica como técnica implica que a través de una norma, en este caso, el convenio internacional que constituye una ley para las partes, se da por cierto aquello que permite fundamentar un derecho.

- El ACM señala el término “medida” como acepción de norma jurídica legal, reglamentaria o administrativa y, en general, como toda actividad de una entidad contratante en una contratación pública cubierta. Considero que tener en cuenta esta definición nos ayuda a comprender la aplicación del principio de no discriminación¹⁵ con relación a la producción nacional, pues el ACM establece que las entidades contratantes de una parte no deberán tomar ninguna medida que discrimine a un proveedor establecido en su territorio cuando en una contratación pública cubierta ofrezca bienes y servicios de la otra parte.

Si un proveedor de nacionalidad europea domiciliado en Ecuador ofrece bienes de uno de los países que conforman la Unión Europea no debería exigirse en los pliegos que los bienes incorporen agregado de origen nacional (ecuatoriano); y,

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

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

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

en el supuesto de existir una medida de esta naturaleza, la misma sería considerada discriminatoria y violatoria al principio de trato nacional.

- El ACM también incorpora el concepto de compensación como “cualquier condición o compromiso que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos de una Parte, tales como el uso de contenido nacional, la concesión de licencias de tecnología, las inversiones, el comercio compensatorio y acciones o requisitos similares”;¹⁶ como vemos, los principios comentados y lo señalado en esta definición se articulan adecuadamente para sostener el libre comercio, en un mundo global sin distinciones de desarrollo; se abstrae de una realidad distinta como es el asimétrico desarrollo de los países y la desigualdad en el intercambio de sus productos; planteando el absoluto de la igualdad jurídica de las Partes.
- Existe también el principio de transparencia de similar contenido al previsto en la LOSNCP, que implica dar a conocer de manera pública toda la información necesaria para resguardar el trato justo, igualitario y concurrente de los participantes. Este principio desde la perspectiva del ACM se viabiliza con la obligación que tienen las partes de publicar todas las medidas relativas a la contratación pública, sus reformas, en el sitio destinado para la publicación de avisos, en el caso del Ecuador, en el portal institucional del SERCOP.

El portal institucional actualmente cuenta con la información necesaria que cumple desde ya esta obligación, incluso más allá, ya que al ser un portal transaccional cuenta con información que permite el análisis de datos con herramientas de “inteligencia de negocios”.

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

También se ha previsto en el Título VI, artículo 174 del ACM, un texto sobre excepciones en el sentido del derecho que tienen las partes para tomar medidas siempre que estas no sean consideradas como un mecanismo para discriminar

16. Ministerio de Comercio Exterior, “Acuerdo Comercial Multipartes”, Título VI: Contratación pública, art. 172, tercer guion.

a las partes o una restricción encubierta al comercio internacional. En este sentido, se podría jurídica y válidamente expedir leyes, regulaciones o actos administrativos destinados a: a) la protección de la moral el orden o la seguridad públicos; b) proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal, incluyendo medidas socioambientales; c) proteger la propiedad intelectual; y d) relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia, o en régimen de trabajo penitenciario.

Resaltamos el último de los literales, en efecto, el Ecuador podrá realizar procedimientos sujetos a la LOSNCP, por estar excepcionados del Acuerdo, cuando se trate de adquirir bienes fabricados o servicios prestados por personas en situación de vulnerabilidad y personas privadas de la libertad. En este sentido debemos rescatar la Resolución RE-SERCOP-2015-000025 de 6 de febrero de 2015 en la que se expide el Reglamento de Ferias Inclusivas y de Catálogo Dinámico Inclusivo, que constituye un paso fundamental en la contratación pública ecuatoriana destinado a fortalecer las contrataciones con MIPYME y AEPYS, así como con personas pertenecientes a grupos vulnerables o de atención prioritaria para que puedan participar e incorporar sus productos en el catálogo dinámico inclusivo,¹⁷ que guarda coherencia con lo previsto en el ACM.

MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PREVISTOS EN EL ACM

La licitación pública, la licitación selectiva, la contratación directa y la subasta electrónica son los métodos de contratación que prevé el ACM. Se entiende por licitación pública el método de contratación por el cual existe una convocatoria pública para que presenten sus ofertas todos quienes tengan interés en participar, mientras que la licitación selectiva se realiza mediante invitación a proveedores que han sido previamente calificados, es decir, se contará de forma exclusiva con aquellos que han sido preseleccionados cuando se ha utilizado una “lista de uso múltiple”.¹⁸

La subasta electrónica es un proceso por el cual los proveedores, utilizando medios electrónicos, presentan sus propuestas en un proceso iterativo, y que da lugar a una clasificación y reclasificación de ofertas; es el mismo concepto que tiene la legislación nacional, se trata de mecanismos de puja a fin de que, en un tiempo previamente es-

17. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Reglamento de ferias inclusivas y de catálogo dinámico inclusivo*, RE-SERCOP-2015-000025 (6 de febrero de 2015), art. 4.

18. Ministerio de Comercio Exterior, “Acuerdo Comercial Multipartes”, art. 172.

tablecido, los oferentes calificados puedan presentar sus posturas electrónicamente, a la baja; resultará ganador el que al finalizar el tiempo concedido ofrezca la postura de menor precio. El ACM prevé que para el caso de subasta electrónica se proporcione el método de evaluación automática que se utilizará y la fórmula matemática en que se basan los criterios de evaluación, debido a que es el precio el elemento relevante para decidir la adjudicación.

El ACM es preciso al indicar que los métodos para contratar se seguirán conforme lo prevé la legislación nacional, es decir, a nuestro criterio la denominación que utiliza la LOSNCP para los procedimientos nacionales puede mantenerse a condición de que se observe lo acordado respecto a las condiciones de participación, los mecanismos para proporcionar información o realizar los avisos de contratación pública prevista, los contenidos mínimos que estos avisos tendrán y su forma de publicación, los pliegos, y la adjudicación, que deben observar los principios principalmente de trato nacional no discriminatorio y la normativa acordados.

Las condiciones de participación¹⁹ de los proveedores en los métodos de contratación que se realicen supeditados al ACM son los requisitos esenciales para la calificación de la capacidad jurídica, financiera, comercial y técnica de los participantes; la que se acreditará con información de las actividades comerciales efectuadas en el territorio de cualquiera de las partes. Sería ilícito incorporar en los pliegos requisitos de experiencia en contratos previos con la entidad contratante o que haya celebrado contratos solo en el territorio de una de las partes. En tal sentido, tampoco deberá exigirse que una empresa con interés en participar tenga domicilio fiscal en Ecuador, como actualmente se exige en el artículo 2 de la Resolución SERCOP No. RE-2013-0089 de 28 de junio de 2013, asunto que habrá que tomar en cuenta para su reforma.

Las contrataciones directas²⁰ pueden realizarse solo en los casos taxativamente previstos y que se relacionan con: i) falta de presentación de ofertas o que las presentadas no cumplan con lo exigido o se hayan coludido; ii) proveedor único por obra de arte, protección de patentes o derechos de autor u otros derechos exclusivos, inexistencia de competencia por razones técnicas como es el caso de contratación *intuitu personae*; iii) contrataciones de bienes y servicios adicionales con el mismo proveedor inicial por razones económicas o técnicas (incluye el caso de contratos complementarios); iv) razones de extrema urgencia por acontecimientos imprevistos por la entidad contratante; este es un caso que no lo prevé la legislación nacional, puesto que no se trata de una contratación de emergencia que obedece a fuerza mayor o caso fortuito; aquí basta con que sea urgente debido a un hecho imprevisto; v) mercancías

19. *Ibid.*, art. 178.

20. *Ibid.*, art. 185.

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

El ACM entonces incorpora cinco nuevos casos de contratación directa al ordenamiento jurídico ecuatoriano, los que se contienen desde el acápite iv) al viii) señalados en el párrafo anterior; y que requerirán de una regulación. En este punto, se debe decir que las contrataciones de régimen especial como “giro específico del negocio” o contrataciones con empresas públicas de la “comunidad internacional” deberán observar un procedimiento público competitivo cuando estén dentro de los umbrales acordados; cumpliendo así a plenitud los principios de libre competencia, trato justo y transparencia, que, al menos en estos procedimientos de régimen especial, se ha visto muy disminuidos.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS O “PROCEDIMIENTOS INTERNOS DE REVISIÓN”

Un asunto que debe ser resaltado del ACM es la normativa relacionada al derecho de petición²¹ y tutela judicial efectiva que faculta a un proveedor, que considere afectados sus derechos por la violación o inobservancia de lo acordado en el Título VI, a ejercer acciones legales incoando un “procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio”.

Los proveedores podrán presentar una reclamación ante la entidad contratante, para lo cual se prevé: i) la posibilidad de un arreglo mediante consultas; ii) se debe considerar el período de diez (10) días para presentar una reclamación contado desde que el proveedor haya conocido o razonablemente pudo conocer del acto que le afecta, los artículos 102 y 103 reformados de la LOSNCP prevén el término de tres (3) días, por lo que prevalecerá el ACM por jerarquía normativa; iii) existe una autoridad imparcial, independiente de las entidades contratantes (SERCOP en lo administrativo y Corte Nacional de Justicia en lo judicial), que pueden recibir y examinar las impugnaciones efectuadas; iv) de la resolución que tome una entidad contratante se podrá recurrir ante la autoridad pública administrativa o judicial imparcial; y v) el procedimiento del órgano de revisión deberá asegurar que la entidad contratante responda por escrito a la impugnación y adjunte la información o expediente del caso.

21. *Ibid.*, art. 190.

El trámite prevé el cumplimiento de derechos de petición y de la garantía del debido proceso a través de un procedimiento de naturaleza pública en el que se establece la posibilidad de presentación de testigos y medios de prueba, la convocatoria a una audiencia, por pedido de las partes, para que en ella actúen tanto el proveedor como la entidad contratante para hacer valer sus derechos, antes de la toma de decisión por parte del órgano revisor, decisión que será motivada.

Los artículos 102 y 103 reformados de la LOSNCP prevén la tutela de los derechos de los administrados a través de la reclamación y el recurso de apelación, respectivamente, de los actos administrativos que emiten las entidades contratantes en los procedimientos de contratación pública, que se presentarán en el término de tres (3) días. Sin embargo, la mencionada ley no ha otorgado capacidad jurídica al SERCOP para que actúe como instancia administrativa de alzada, con competencia para conocer y resolver las impugnaciones a las resoluciones emitidas por las entidades contratantes en un procedimiento administrativo.

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

Esta facultad jurídica incluye, dentro de los procedimientos impugnatorios, la interposición de medidas cautelares que podrán tener como efecto la suspensión del procedimiento precontractual, la que será facultativa del SERCOP que deberá valorar las consecuencias desfavorables tanto para los afectados como para el interés público. En el supuesto de que estas medidas no sean tomadas, se deberá justificar por escrito la no adopción de dichas medidas; asunto que está acorde con la legislación nacional que exige la motivación de las decisiones administrativas.²²

Considero que es el punto de partida para que se impulse a corto plazo, de existir decisión política en aras de incrementar la transparencia en la contratación estatal y acceso a la tutela de los derechos de los proveedores, la creación de un “Tribunal de Contrataciones del Estado” encargado de conocer y resolver las impugnaciones administrativas que realicen proveedores que se consideren perjudicados por las decisiones de entidades contratantes, en los procedimientos de contratación pública; similar, al que existe actualmente en la República del Perú.²³

22. Ecuador, *Constitución*, art. 76, numeral 7, letra j.

23. Perú, *Ley de Contrataciones del Estado*, art. 41.

ANEXO XII. COBERTURA DE LA OFERTA ECUATORIANA

ALCANCE INSTITUCIONAL DEL ACUERDO, UMBRALES Y APERTURA AL MERCADO

El Anexo XII “Contratación Pública” es la oferta que hace Ecuador a la Unión Europea para que, bajo los supuestos acordados, se tenga la obligación legal de contar con la participación de proveedores europeos en las compras públicas cuando las entidades contratantes vayan a efectuar convocatorias o invitaciones a procedimientos de selección cuyo objeto esté previsto en el ACM y sus presupuestos referenciales se encuentren dentro de los umbrales acordados.

En contratación pública, oferta es la manifestación de la voluntad de un proveedor para participar en un procedimiento de contratación del Estado y ser considerado en la calificación para lo cual deberá cumplir con los requisitos de orden jurídico, técnico y económico a fin de que, luego de una evaluación comparativa con los requisitos exigidos en los pliegos o documentos de contratación por las entidades contratantes, pueda ser evaluado como la oferta de mejor costo²⁴ y solo en este caso resultar adjudicado.²⁵

Este anexo inicia con la cobertura sobre contratación pública en el que se listan entidades contratantes que estarán obligadas a aplicar el ACM; en la Subsección 1 se numeran las entidades contratantes del nivel central de gobierno (entidades públicas de los poderes ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social); en la Subsección 2, entidades del nivel subcentral de gobierno (gobiernos autónomos descentralizados); y en la Subsección 3, otras entidades públicas cubiertas (empresas públicas); para cada una de ellas se ha establecido un umbral de contratación para bienes y servicios y otro para obras, y, también, notas específicas para cada subsección, que son excepciones a contrataciones específicas que desarrollen las entidades listadas y que por lo tanto no estarán sujetas al cumplimiento del ACM.

El Acuerdo prevé un período de transitoriedad de cinco años para la aplicación de los umbrales, esto es, se han fijado umbrales con los que se inicia la vigencia del acuerdo y umbrales definitivos. Los umbrales para efectuar un aviso o llamado de

24. El mejor costo es una relación precio-calidad, tratándose de bienes y servicios no normalizados, obras y consultoría; y es el más bajo en precio cuando se valoran adquisiciones de bienes y servicios normalizados; art. 6, numerales 17-9 de la LOSNCP.

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

contratación se fijan en derechos especiales de giro DEG²⁶ que es una canasta de monedas con tipo de cambio fuerte que se utiliza en el comercio internacional y las finanzas de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional FMI, a 4 de agosto de 2016, la cotización del DEG fue de \$ 1,39636 dólares de los Estados Unidos de América.²⁷ Los umbrales en DEG y su equivalencia en dólares a la fecha señalada, son:

Tabla entidades y umbrales acordados

Tipo de compra	Entidades contratantes	Umbral inicial (deg/ us \$)	Transitoriedad (Años)	Umbral final (deg / us \$)
Bienes / servicios	Nivel central de gobierno	260.000,00	5	130.000,00
		363.053,60		181.526,80
	Nivel subcentral de gobierno	350.000,00	5	200.000,00
		488.726,00		279.272,00
	Otras entidades cubiertas	400.000,00	5	400.000,00
		558.544,00		558.544,00
Obras	Entidades de gobierno central, subcentral y otras entidades cubiertas	6'000.000,00	5	5'000.000,00
		8'378.160,00		6'981.800,00

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes.

Elaboración propia.

26. Fondo Monetario Internacional, “Ficha Técnica: Derechos Especiales de Giro”. <<https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>>. Consulta: 7 de diciembre de 2015. “El DEG fue creado en 1969 por el FMI para apoyar el sistema de paridades fijas de Bretton Woods. Los países que participaban en este sistema necesitaban reservas oficiales –tenencias del gobierno o el banco central en oro y monedas extranjeras de amplia aceptación– que pudiesen ser utilizadas para adquirir la moneda nacional en los mercados cambiarios, de ser necesario, a fin de mantener su paridad cambiaria. Pero la oferta internacional de dos activos de reserva fundamentales –el oro y el dólar de EE. UU.– resultaba inadecuada para apoyar la expansión del comercio mundial y el desarrollo financiero que estaba teniendo lugar. Por consiguiente, la comunidad internacional decidió crear un nuevo activo de reserva internacional con el auspicio del FMI”.
27. “Convertor de Divisas XE”. <<http://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=1&From=XDR&To=USD>>. Consulta: 4 de agosto de 2016.

ALCANCE PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS

Las subsecciones 4 y 5 del Apéndice 1 del ACM tratan sobre la oferta ecuatoriana en bienes y servicios, debiendo aclararse que esta última acepción incluye la prestación de servicios de consultoría; y la subsección 6 se refiere a los servicios de construcción, que en nuestra legislación se la conoce como contratos de ejecución de obra.

Constituye un mecanismo de negociación en el comercio internacional elaborar listas negativas y positivas²⁸ para la delimitación de la oferta de las partes; siendo la lista negativa aquella que expresamente se pretende exceptuar de la aplicación del acuerdo; en este sentido, elaborar lista negativas constituye una actividad compleja puesto que si algún bien o servicio no se encuentra listado o determinado de forma expresa en la lista negativa, entonces deberá entenderse que la oferta es amplia y abarca todos los productos o mercancías que no han sido objeto de la excepción.

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

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

Esta decisión de negociar con lista positiva la subsección 5 “Servicios salvo los de construcción” obedece a las previsiones legales que contiene en nuestra legislación nacional tratándose de consultoría, servicio profesional especializado al que se

28. “Sistema de Información sobre Comercio Exterior SICE, diccionario de términos de comercio”. (http://www.sice.oas.org/dictionary/SV_s.asp). Consulta: 8 de diciembre de 2015. “Enfoque de lista negativa.- La inclusión integral de todos los sectores de servicios, a menos que se especifique lo contrario en la lista de reservas, sobre la base de las disciplinas específicas del capítulo sobre servicios y las disciplinas generales del acuerdo comercial. Un enfoque de lista negativa requiere que las medidas discriminatorias que afectan a todos los sectores incluidos sean liberalizadas, a menos que medidas específicas se incluyan en la lista de reservas.

Enfoque de lista positiva.- La inclusión voluntaria de un número determinado de sectores en una lista nacional, que indica el tipo de acceso y de trato para cada sector y para cada modo de suministro que un país está dispuesto a ofrecer contractualmente a los proveedores de servicios de otros países”.

ha favorecido con una “barrera de entrada al mercado”, ya que la contratación debe hacerse con consultores de nacionalidad ecuatoriana; y, solo por excepción y previo un procedimiento de verificación de ausencia de “capacidad nacional” podrá abrirse la participación a consultores de nacionalidad extranjera.

Así, el artículo 37 de la LOSNCP otorga un derecho preferencial, y excluyente en un primer momento, para que en los procedimientos de consultoría solo puedan ofertar legalmente quienes sean de nacionalidad ecuatoriana; la ley establece un marco de confianza en las capacidades profesionales especializadas de sus nacionales cuando en el cuarto considerando el legislador dejó planteado que “los recursos públicos que se emplean en [...] la adquisición de [...] servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana”.²⁹

Al existir tal limitación, la oferta que en servicios se negoció y que fue aceptada, se encuentra dentro del ámbito de ejecución de actividades distintas de la consultoría y, por lo mismo, no existe apertura del mercado público a consultores de origen europeo.

Las actividades de servicios incluidos taxativamente, son: a) los servicios de transporte bajo las modalidades terrestre, marítimo, ferrocarril, por tubería, en embarcaciones de navegación no marítima, aérea, y de transporte complementario y auxiliares; b) de telecomunicaciones; c) de mantenimiento y reparación; d) servicios en hoteles; e) servicios de distribución de electricidad y servicios de distribución de gas por tubería; d) servicios de agencia de viajes y organización de viajes en grupo; f) servicios auxiliares de seguros y fondos de pensiones; g) servicios de arrendamiento y alquiler de maquinaria y equipos, sin operarios; h) servicios de arrendamiento y alquiler de efectos personales y enseres domésticos; i) servicios de informática y servicios conexos; j) servicios de teneduría de libros; k) servicios de asesoramiento tributario; l) servicios de investigación de mercado y otros similares; m) servicios relacionados con consultores en administración; n) servicios integrados de ingeniería; ñ) servicios de publicidad; o) servicios de limpieza de edificios y servicios inmobiliarios a comisión o por contrato; p) servicios relacionados con la agricultura, con la caza y la silvicultura; servicios relacionados con la pesca; servicios relacionados con la minería; servicios relacionados con la manufactura, exceptuando la manufactura de productos metálicos como maquinaria y equipos; q) servicios de empaquetado-servicios de editoriales e imprenta; r) otros servicios comerciales; s) servicios de veterinaria; y, t) servicios ambientales: servicios de limpieza de combustión; servicios de amortiguamiento de ruido; servicios de protección del paisaje y de la naturaleza; otros servicios de protección al medio ambiente.³⁰

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

30. Ministerio de Comercio Exterior, “Acuerdo Comercial Multipartes”, Anexo XII, subsección 5.

Para conocer el alcance efectivo deberemos acercarnos a la descripción de cada uno de los servicios acordados que constan en el código del Clasificador Central de Productos CPC versión preliminar, identificado como documento MNT.GNS/W/120 elaborado por la oficina de estadísticas de las Naciones Unidas en el año 1989, que es el que utiliza la Unión Europea; sin embargo, la versión con la cual funciona el Sistema Nacional de Contratación Pública y las herramientas informáticas de interoperación transaccional es la versión CPC 1.1, circunstancia que constituirá una dificultad técnica al momento de identificar los servicios que serán objeto del acceso al mercado para que se genere, de manera automática, el aviso de licitación respectivo utilizando la herramienta del RUP como instrumento que activa el llamado.

La subsección 4 “Mercancías” contiene las exclusiones a la cobertura habiéndose previsto exclusivamente cuatro categorías de CPC: a) petróleo crudo y gas natural; b) aceites de petróleo; c) gases de petróleo y otros hidrocarburos gaseosos; y d) productos químicos orgánicos básicos. Esta técnica de pactar una lista negativa, como se verifica en el presente caso de bienes o mercancías, nos permite afirmar que la oferta ecuatoriana es amplísima en su cobertura que casi no encuentra limitaciones, por lo que cualquier bien, salvo los comprendidos en los cuatro grupos enunciados, deberá ser objeto de un aviso de contratación pública a proveedores europeos siempre que la adquisición esté dentro del umbral.

En cuanto a la contratación de obras, prevista en la subsección 6 del apéndice 1, se ha listado la División 51 del CPC acordado, denominado “Trabajos de construcción” que corresponde a los contratos de ejecución de obra; por tanto, se trata de aquellos contratos cuya naturaleza jurídica corresponde a los de obra pública, es decir, aquellos mediante los cuales la administración encarga a un tercero la edificación, mantenimiento o reparación de obras de infraestructura a cambio de un precio.

Dromi señala que “la obra pública es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir, que no es resultado de la naturaleza”,³¹ siendo este el sentido que la División 51 del CPC recoge como alcance de la obra pública materia del Acuerdo, ya que este tipo de contratos se realizarán siempre que exista una actividad planificada y organizada que edifique la obra, diferenciándola de procedimientos de adquisición de obras que ya se encuentran edificadas y que la administración pública las adquiere a través de la declaratoria de utilidad pública y expropiación.

Con esta aclaración, el acuerdo no prevé exclusión alguna al alcance de la contratación pública cubierta cuando se trata de obras, el acceso al mercado de obras públicas ecuatorianas es total a condición de que se cumpla con el umbral. Se han incorporado

31. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 5a. ed. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), 386.

dos notas a la subsección, que no representan en sí mismo una excepción a la cobertura, sino en el primer caso, el requerimiento de incorporación de mecanismos de preferencia; y, en el segundo, el expreso señalamiento de que, para la ejecución de trabajos de construcción, no solo aplica para contratos de ejecución de obra pública, sino también para contratos de concesión de obra pública³² dentro de un proceso de delegación a la iniciativa privada y observándose el principio de trato nacional, es decir, de igualdad o no discriminación en la participación de nacionales y extranjeros.

La nota a la subsección negociada por Ecuador, se enmarca dentro del reconocimiento de mecanismos de preferencia a la mano de obra local cuando prevé que una entidad contratante podrá incorporar en el pliego de contratación el cumplimiento de la obligación relacionada con que los proveedores que vayan a participar contraten mano de obra local siempre que se verifique dos condiciones: a) que la obra sea de construcción, mantenimiento o rehabilitación de carreteras y autopistas; y b) que el personal a contratar resida en las áreas rurales.³³

Si la cobertura en ejecución de obras públicas es tanto para contratos de obra pública como para los de concesión de obra pública, es necesario una precisión ya que conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano los procedimientos de contratación de obra pública se encuentran regulados en la LOSNCP, cuerpo legal que no aplica a los contratos de concesión los que se encuentran regulados en la denominada Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada;³⁴ en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones COPCI, y; en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera³⁵ publicada en el Suplemento del *Registro Oficial*, No. 652 de 18 de diciembre de 2015.

EXCLUSIONES GENERALES

La subsección 7 del ACM se titula “Notas Generales” que son excepciones a la aplicación del acuerdo de contratación pública, radicando en ello su importancia pue-

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

33. Ministerio de Comercio Exterior, “Acuerdo Comercial Multipartes”, apéndice 1, subsección 6.

34. Norma jurídica publicada en *Registro Oficial*, No. 349, 31 de diciembre de 1993, que constituye el marco regulatorio de los procedimientos de delegación de servicios públicos a empresas privadas y que marca el inicio del modelo privatizador y neoliberal en Ecuador.

35. Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones público-privadas y la inversión extranjera*, *Registro Oficial*, Suplemento, No. 652 (18 de diciembre de 2015): art. 4.

to que por ser transversal no existe acceso al mercado de las obras, bienes y servicios que se hayan incorporado al texto y por tanto excluido de su aplicación. Estas adquisiciones son:

- a) las contrataciones de mercancías y servicios destinados a la defensa nacional;
- b) programas y procedimientos de apoyo a la MIPYME y actores de la economía popular y solidaria AEPYS.

Es interesante la redacción de la exclusión pues todo programa que las entidades contratantes realicen para la contratación de micro, pequeños o medianos emprendimientos e incluso de actores de la economía popular y solidaria, a condición que estos últimos sean comparables en tamaño a las MIPYME, podrá efectuarse sin considerar la participación de oferentes europeos.

El texto señala tanto la palabra programa como procedimiento y lo vincula que sea reservado para MIPYME y AEPYS, por lo que bien se puede concluir que se refiere al conjunto de actividades sometidas a planificación y con una organización específica destinada al objetivo de incorporar a dichos emprendedores al mercado público nacional y con ello mejorar sus condiciones de vida, siempre y cuando la convocatoria pública para su participación sea restringida solo a proveedores que ostenten tales calidades.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano los procedimientos de contratación pública que reúnen estas condiciones son los que se organizan a través de Ferias Inclusivas o también los del Catálogo Dinámico Inclusivo; el primero consta en el artículo (59.1) agregado por el artículo 17 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente desde el 14 de octubre de 2013; y, el segundo, que constituye una variación del procedimiento dinámico de Catálogo Electrónico, destinado a las compras de inclusión con proveedores que cumplan con la obligación de que los bienes y servicios que confeccionen o presten, sean de producción nacional y que su tamaño corresponda a micro o pequeños proveedores; catálogo dinámico inclusivo³⁶ definido y regulado por el Servicio Nacional de Contratación Pública mediante Resolución No. RE-SERCOP-2015-000025 de 6 de febrero de 2015.

En el informe de labores 2014 del SERCOP³⁷ se afirma que a través de ferias inclusivas se adjudicaron contratos por un monto total de US \$ 57'154.324 dólares de los

36. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Reglamento de Ferias Inclusivas*, art. 3, numeral 3.3. "Catálogo Dinámico Inclusivo (CDI).- Es un sistema de compra directa que garantiza la participación incluyente y exclusiva de actores de la economía popular y solidaria; micro y pequeños proveedores; proveedores pertenecientes a grupos vulnerables; o grupos de atención prioritaria, que permite a las entidades contratantes agilizar, simplificar y transparentar sus adquisiciones de bienes y servicios normalizados, exclusivamente".

37. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, "Informe de Labores 2014", 61.

Estados Unidos de América; y en el informe de 2015³⁸ se señala que las adquisiciones totales por Catálogo Dinámico Inclusivo fue de US \$ 64'137.077,44, es decir, existe una diferencia de US \$ 6'982.753,44 que corresponde apenas al 10,89% de incremento con relación al año anterior; muy poco avance si se considera que en 2015 se expidió la normativa que desarrolla y dinamiza las compras de inclusión.

- c) contratación de mercancías destinadas a programas de ayuda alimentaria.
- d) las contrataciones que se realicen por parte de entidades públicas de la provincia de Galápagos, así como las contrataciones que vayan a ser destinadas para la satisfacción de las necesidades de dicha región insular.
- e) Las contrataciones que se realicen para el funcionamiento de las misiones del servicio exterior, y;
- f) las contrataciones hechas por una entidad ecuatoriana a otra entidad ecuatoriana. Soy del criterio que no se trata de una redacción justa y adecuada, sin embargo, deberá entenderse que se trata de contrataciones interadministrativas en las que el Estado a través de cualquiera de sus niveles central, subcentral o de la administración pública institucional contratan entre sí a fin de potencializar sus actividades de atención y satisfacción de las necesidades públicas.

Esta excepción encuentra su fundamento en el artículo 2 número 8 de la LOSNCP que permite, bajo el régimen especial, la compra directa cuando se trata de contratación interadministrativa nacional; sin embargo, también esta norma prevé la contratación directa con entidades públicas que forman parte de la comunidad internacional, caso este que ya no podría seguir realizándose a partir de la vigencia del ACM.

La tratadista y catedrática ecuatoriana Inés María Baldeón, sostiene:

como consecuencia de entrar en vigencia el Acuerdo, el texto ... respecto al artículo 2.8 (se refiere al artículo 2, número 8 de la LOSNCP) dejaría de estar vigente; sobre todo en tratándose de las contrataciones previstas en el segundo inciso (contrataciones con empresas en las que los estados de la comunidad internacional participen en por lo menos el cincuenta por ciento (50%) o sus subsidiarias); pues se está limitando el régimen solo para entidades de nacionalidad ecuatoriana.³⁹ (en paréntesis mis añadidos).

38. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, Informe de Labores 2015. <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/Informe_rendicion_de_cuentas2015.pdf>. Consulta: 4 de agosto de 2016.

39. Inés María Baldeón, "El régimen interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el derecho comparado", *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, No. 10 (junio de 2016): 74.

En otro aspecto, la subsección 7, número 2 regula la desagregación tecnológica para obras y bienes sujetos al convenio estableciendo un límite de hasta el 40%, por el lapso de cinco años, luego de lo cual dejará de aplicarse.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, con una clara visión de favorecer los productos ecuatorianos, reguló la priorización de las compras de producción nacional,⁴⁰ señalando incluso que, si en cualquiera de los procedimientos regulados en la LOSNCP existía un solo proveedor de bienes que cumpla con el Valor Agregado Ecuatoriano (VAE) sectorial, se excluía la participación de todas las demás ofertas, las que debían ser, por tanto, rechazadas.

Tratándose de obras, el término para referirnos a la incorporación de componente nacional es el de participación ecuatoriana mínima determinado con base al estudio de desagregación tecnológica, que solo debe realizarse en caso de licitación de obras.⁴¹ El SERCOP estableció la metodología para conocer y calcular el porcentaje de participación ecuatoriana mínima por cada rubro de obra,⁴² cuyo promedio ponderado dará como resultado el valor del porcentaje de participación ecuatoriana mínima de toda la infraestructura civil a construirse.

Lo previsto en el ACM constituye el mantenimiento del sistema de preferencia a la producción nacional en el período de transitoriedad; sin embargo, esta tiene un límite que no puede superar el 40%; por lo tanto, las entidades estarán prohibidas de establecer un porcentaje de participación ecuatoriana mínima mayor al tope máximo acordado, por lo que a mi criterio ya no tiene sentido mantener una metodología para establecer la participación ecuatoriana mínima.

APROBACIÓN DEL ACUERDO COMERCIAL MULTIPARTES

Previo a entrar a formular el procedimiento interno que corresponde realizar para que el Ecuador apruebe el Acuerdo Comercial Multipartes, considero se debe analizar si este instrumento es o no un tratado conforme el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 y entrada en vigencia el 27 de enero de 1980 establece en el número 2 “Términos

40. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Disposiciones para la priorización de ofertas de bienes, servicios y obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública*, Resolución No. RE-2013-000089 (28 de junio de 2013), art. 5-6.

41. Mayor a porcentaje de 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado.

42. Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Regulaciones con relación a la aplicación, metodología y verificación de cumplimiento de los resultados de los estudios de desagregación tecnológica en la contratación de obras*, Resolución No. RE-SERCOP-2013-0000095 (26 de julio de 2013), art. 6-7.

empleados” de la Parte I “Introducción” su concepto en el sentido de que “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.⁴³ Esta definición contiene tres elementos que definen su naturaleza jurídica; por una parte, debe existir la voluntad y consentimiento de celebrar un compromiso internacional; por otra, las partes son los estados; y, por último, el acuerdo está sujeto al derecho internacional.

Carece de importancia la denominación que se le dé al acuerdo, tratado, convenio, pacto; lo fundamental está, entonces, en si el instrumento internacional se ajusta o no a esa definición;⁴⁴ señalando además que existen otras definiciones en las que a más de los Estados se incorpora a otras personas internacionales como sujetos de los tratados, sin embargo, este es un asunto que no corresponde analizar en este trabajo.

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

Por su parte, el artículo 438 constitucional señala como función de la Corte Constitucional el emitir dictamen vinculante sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, de forma previa, a la aprobación que deba realizar la Asamblea Nacional.

Bajo el esquema constitucional enunciado, el ACM suscrito de forma preliminar, en Bruselas, por el jefe negociador del Ecuador, es un acto simbólico pero que recoge la voluntad de las partes de iniciar el procedimiento que los respectivos Estados se han dado en sus legislaciones para la aprobación; que en el caso de Ecuador implica seguir un procedimiento por el cual se establezca, en primer lugar, la constitucionalidad del tratado por medio del dictamen vinculante de la Corte Constitucional, que será dirigido a la Asamblea Nacional, organismo legislativo al que le corresponde efectuar ese pedido. Al señalar la Constitución que dicho dictamen es vinculante, la Asamblea Nacional debe acatar la integridad de su contenido.

43. Organización de Estados Americanos, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. (http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf). Consulta: 27 de septiembre de 2016.

44. Max Sorensen, edit., *Manual de Derecho Internacional Público* (México: Fondo de Cultura Económica, 2010), 155.

Segundo, contando la Asamblea Nacional con el pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional, continuará con el trámite para la aprobación si el dictamen establece la constitucionalidad; en caso contrario, no lo aprobará, ya que el número 8 del artículo 120 señala como atribución del órgano legislativo “aprobar o improbar los tratados internacionales”.⁴⁵

Y, tercero, solo contando con la aprobación de la Asamblea Nacional, que le sea dirigida oficialmente, el Presidente de la República podrá suscribir el Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea y comprometer jurídicamente al Ecuador para el cabal cumplimiento de las obligaciones y ejercicio pleno de los derechos acordados. Para su entrada en vigencia habrá que esperar un trámite similar por parte de su par y que se cumplan las condiciones previstas en el acuerdo internacional.

Ahora bien, un efecto adicional que marca la entrada en vigencia del ACM es el que prevé al artículo 425 de la Constitución de República respecto a la jerarquía normativa y la resolución de antinomias, puesto que al momento de entrar en vigencia estaríamos ante un convenio internacional con jerarquía inferior a la Constitución de la República pero superior a la demás normativa jurídica que conforma el ordenamiento jurídico ecuatoriano; bajo esta premisa, en caso de que pudiera presentarse conflicto entre normas de distinta jerarquía, este se resolverá conforme la disposición normativa que sea jerárquicamente superior. Esta calidad jurídica de primacía sobre leyes orgánicas u ordinarias permite la aplicación inmediata del ACM, sin necesidad de reformar las normas legales para adecuarlas al convenio internacional; sin embargo, habrá que tomar todas las medidas legislativas para adecuar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a las disposiciones contenidas en el Acuerdo Comercial Multipartes.

CONCLUSIONES

1. La apertura del mercado de la contratación pública se inscribe en el contexto de las normativas que en las últimas dos décadas se van incorporando en los acuerdos comerciales internacionales⁴⁶ por la importancia del Estado como el mayor comprador de bienes y servicios en la economía. En efecto, la OMC calcula esta participación entre el 10 y el 15% del producto interno bruto (PIB) mundial.

45. Ecuador, *Constitución de la República*, art. 120, numeral 8.

46. Julio Berlinski y otros, *Compras públicas en Sudamérica ¿hay espacio para la convergencia de los acuerdos?* (Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2011), 27. “Al inicio de la década de 1990 pocos acuerdos incorporaban capítulos sobre compras públicas, pero la tendencia de estos últimos 20 años es el crecimiento en el uso de esta disciplina”.

2. La base normativa marco se encuentra en el Acuerdo Plurilateral sobre Compras Públicas ACP de la OMC en vigencia desde 1996 y tiene como fundamento la apertura del mercado en términos de libre comercio, la transparencia en los procedimientos de contratación, la aplicación de los principios de no discriminación y trato nacional, al cual se han adherido 45 países (28 son de la Unión Europea), ninguno de ellos pertenece a la región de América Latina y el Caribe.
3. El acuerdo suscrito entre la República del Ecuador y la Unión Europea se basa en la estructura del ACP y en él se han incorporado normas jurídicas de apertura del mercado público; constituye además, una limitación para los procedimientos de contratación a los que aplica el umbral acordado ya que a más de la LOSNCP se deberá cumplir con las normas de contratación pública previstos en el ACM.
4. La legislación nacional de contratación pública operará a plenitud en los procedimientos de contratación pública cuyos presupuestos referenciales estén por debajo del umbral, o se encuentren excepcionados de su aplicación, como aquellos procedimientos cuyo llamado esté dirigido de forma exclusiva a MIPYME y AEPYS, o no hayan sido ofrecidos por no constar en la lista positiva, como es el caso de la consultoría, dos aspectos últimos que son un logro en el proceso de negociación.
5. La temporalidad de cinco años se sustenta en el concepto de trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, por el cual se reconoce la aplicación de un sistema de preferencias y umbrales superiores transitorios; que podría constituirse en una oportunidad para que el país adecue y fortalezca su industria conforme las nuevas reglas de competencia del mercado.
6. La apertura del mercado no es más que una posibilidad de presentación de una oferta por participantes europeos, lo que jurídicamente significa que tendrá el derecho de participar en un procedimiento de selección competitivo, en el que sea considerada y evaluada la oferta. No se trata entonces de la consagración de un derecho a la adjudicación, sino de un derecho subjetivo a la participación en igualdad de condiciones que un oferente ecuatoriano.
7. El SERCOP no ha publicitado, hasta julio de 2016, reglas de participación en los procedimientos de contratación pública que se afectarían por el ACM, ausencia preocupante dada la proximidad de la entrada en vigencia que se prevé para diciembre de 2016.
8. El impulso que el sistema nacional de contratación pública otorgó a la adquisición de compras gubernamentales que incorporen componente nacional en todos los procedimientos de contratación se contrae por la suscripción del ACM; desde esta perspectiva se deberían fortalecer los programas y procedimientos de contratación con participación exclusiva de MIPYME y AEPYS por medio

de Ferias Inclusivas y Catálogo Dinámico Inclusivo, procedimientos exceptuados del ACM; más aún cuando estos sectores económicos se caracterizan por ser importantes generadores de empleo, en efecto, “estas cumplen un papel fundamental en el mercado laboral ecuatoriano, pues tres de cuatro empleos que existen en el país son generados por este tipo de empresas”.⁴⁷

9. Al estar excluidos del ámbito de aplicación las compras relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por discapacitados, instituciones de beneficencia o las que se realice a personas privadas de la libertad, el catálogo dinámico inclusivo podrá constituirse en una herramienta efectiva de inclusión social y cumplir con que la compra pública continúe siendo una herramienta de política pública e inclusión social.
10. Se torna urgente iniciar un proceso de capacitación tanto de los funcionarios del SERCOP como de los operadores del sistema nacional de contratación pública sobre la incidencia del ACM en las contrataciones estatales, a fin de estar preparados en la implementación del acuerdo comercial. Igual actividad habría que programar con las MIPYME y AEPYS para que se encuentren capacitados frente a la aplicación del ACM.
11. Resulta indispensable la actualización de las herramientas informáticas PAC, RUP y SOCE para viabilizar las obligaciones acordadas a fin de cumplir con los principios de trato nacional, no discriminación y la apertura del mercado de contratación pública; también, revisar los modelos de pliegos y las resoluciones del SERCOP a fin de que las regulaciones sobre producción nacional, preferencias por tamaño, localidad y subcontratación, en la adquisición de bienes, servicios y obras, según corresponda, se mantengan en los procedimientos cuyos presupuestos referenciales estén bajo el umbral acordado.
12. Especial atención habría que dar a las contrataciones de régimen especial, de manera especial a las de “giro específico del negocio” y con las “empresas de la comunidad internacional” puesto que convendría discriminar los casos en que se seguirá aplicando la LOSNCP y los casos en los que aplica el ACM sobre el umbral pactado, siendo necesario para tal fin que el SERCOP emita las regulaciones respectivas.
13. El SERCOP, como organismo rector de la contratación pública y autoridad administrativa responsable de resolver las reclamaciones interpuestas en los procedimientos de contratación sujetas al ACM, debería fortalecer su capacidad de control de los procedimientos de contratación; regular su intervención, en

47. Andrés Jorge Argüello, “Las pyme y su aporte al empleo nacional”, revista *Gestión*, No. 254 (agosto-septiembre 2015): 44.

sede gubernativa, para la resolución de controversias, especialmente respecto a los plazos para interponer reclamaciones y a medidas cautelares que incluye la suspensión de los procedimientos hasta la resolución de las reclamaciones; oportunidad que permitirá robustecer la tutela efectiva de los derechos de los participantes de los procedimientos de contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. “Amenaza de un TLC con la Unión Europea o la Constitución como punto de partida de las relaciones internacionales”. En Hugo Jácome, coord., *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre el Ecuador y la Unión Europea*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2012.
- Argüello, Andrés Jorge. “Las pyme y su aporte al empleo nacional”. Revista *Gestión*, No. 254 (agosto-septiembre 2015).
- Baldeón B., Inés María. “El régimen interadministrativo en la contratación pública del Ecuador y su análisis en el derecho comparado”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, No. 10.
- Berlinski, Julio, y otros. *Compras públicas en Sudamérica: ¿hay espacio para la convergencia de los acuerdos?* Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2011.
- Carbaugh, Robert J. *Economía internacional*, 6a. ed. México: International Thomson Editores, 1999.
- Correa Delgado, Rafael. *Ecuador: de Banana Republic a la No República*, 3a. ed. Bogotá: Debate, 2010.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, 5a. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Ecuador, Ministerio de Comercio Exterior. “Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea”. (Julio 2014). <<http://www.comercioexterior.gob.ec/paquete-de-cierre-de-la-negociacion-comercial-con-la-union-europea/>>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II. México: Porrúa, 2004.
- Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Villagómez, Méntor. “Acuerdo Comercial Multipartes Ecuador-Unión Europea”. <<http://eulac-foundation.org/es/system/files/Acuerdo%20comercial%20Ecuador-UE.pdf>>.

NORMATIVA

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial, Suplemento*, No. 395, 4 de agosto de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica Reformativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 100, 14 de octubre de 2013.

Ecuador, Presidencia de la República. *Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial, Suplemento*, No. 450, 17 de mayo de 2011.

Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP. “Disposiciones para la priorización de ofertas de bienes, servicios y obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública”. Resolución No. RE-2013-000089, 28 de junio de 2013.

---. “Informe de labores 2014”. Quito, s. f.

---. “Norma de subcontratación de micro y pequeñas empresas y actores de la economía popular y solidaria para la ejecución de rubros de obra”, Resolución No. RE-SERCOP-2013-0000099, 26 de julio de 2013.

---. “Procedimiento administrativo del Registro Único de Proveedores RUP, registro de entidades contratantes y registro de incumplimientos”. Resolución SERCOP No. 052-2011, 11 de octubre de 2011.

---. “Reglamento de ferias inclusivas y de catálogo dinámico inclusivo”. Resolución No. RE-SERCOP-2015-000025, 6 de febrero de 2015.

---. “Regulaciones con relación a la aplicación, metodología y verificación de cumplimiento de los resultados de los estudios de desagregación tecnológica en la contratación de obras”. Resolución No. RE-SERCOP-2013-0000095, 26 de julio de 2013.

Perú, *Ley de Contrataciones del Estado*. Publicado en *El Peruano*, 11 de julio de 2014.

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2016
Fecha de aprobación: 27 de septiembre de 2016

Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador

*Eddy De la Guerra Zúñiga**

RESUMEN

El Presupuesto General del Estado que fuera tradicionalmente promulgado en Ecuador a través de ley antes del año 2008, hoy es apenas un “instrumento” cuya naturaleza jurídica es de compleja determinación, que sirve para la planificación de ingresos y gastos del Estado. Tal determinación debería ser, al menos en sede teórica, producto de un estudio técnico y resultado de una planificación inteligente, orientada a satisfacer la mayor cantidad de necesidades públicas posibles, con el recurso efectivamente disponible. En ese sentido, la compra pública tiene una doble connotación: la de mecanismo permanente de gestión pública, cuyo efecto es una erogación presupuestaria; y la de herramienta para el cumplimiento de los fines de la política fiscal del Estado. Bajo cualquier visión, la compra pública debe ser no solo sostenible, sino además responsable. Los criterios de responsabilidad son los que guían el desarrollo del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: Presupuesto, gasto público, compra pública, responsabilidad, erogación, inversión.

ABSTRACT

The General Budget of the State that was traditionally legislated in Ecuador through a law before 2008, today is just a “tool” whose legal nature is complex to determine, and it is used for planning of income and expenditure. Such determination should be based, at least in theory, a technical study and the result of an intelligent planning, designed to satisfy the most possible public needs with the available resources. In that sense, public procurement has a double connotation: permanent governance mechanism which the effect of generate a budgetary expenditure; and a tool for achieving the aims of fiscal policy of the State. Under any view, public procurement should be not only sustainable but also responsible. The responsibility standards are guiding the development of this paper.

KEYWORDS: Budget, public expenditure, public procurement, accountability, expenditure, investment.

FORO

* Docente e investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Hace un par de años, escribí un artículo sobre la naturaleza jurídica del acto presupuestal¹ en el marco de la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigencia en el año 2008, y que denominó al presupuesto como un “instrumento”, sin determinar expresamente la categoría normativa que le corresponde. Ese trabajo constituyó una investigación preliminar que me permitió en aquel entonces aportar claridad, en el ámbito del Derecho administrativo, a la evidente confusión dogmática que había generado la nueva Constitución respecto al tipo de “acto” jurídico correspondiente y, por tanto, respecto de su validez y obligatoriedad.

El presente artículo retoma gran parte de los criterios vertidos y le da continuidad a dicha investigación, con ocasión de profundizar en el estudio de uno de sus principales componentes; así, el gasto público será estudiado en el marco de la compra pública responsable, entendiéndose esta como parte de la gestión del Estado, orientada tanto a satisfacer necesidades como al cumplimiento de fines específicos de la política fiscal en el ámbito de la responsabilidad social.

Cierro esta presentación manifestando una idea relevante, y es que, en materia de Derecho financiero público, no existe doctrina caduca. Los criterios de Benvenuto Griziotti vertidos en su Teoría de las Finanzas Públicas de 1934 siguen siendo objeto de controversia y por tanto de debate, sobre todo en Europa; así también temas como el principio de legalidad en materia presupuestaria que en Italia, Alemania y España han sido profundamente estudiados, en Ecuador no han sido objeto de análisis de ningún tipo, ni aun en las obras de Eduardo Riofrío Villagómez –único y último autor en dedicarse a las finanzas públicas– en la década de los años 1960 y 1970. Consecuentemente, este artículo contiene referencia a autores tanto clásicos como contemporáneos, en su gran mayoría extranjeros, que han abordado en distintas épocas y por lo tanto bajo distintas ópticas el tema del presupuesto.

EL PRESUPUESTO Y LA PLANIFICACIÓN NACIONAL

La doctrina ha esbozado múltiples definiciones que denominan al presupuesto desde cálculo legal, ley propiamente dicha,² pasando por acto administrativo normativo y, como es de esperar, como herramienta técnica de planificación.

1. Eddy De la Guerra Zúñiga, “Presupuesto general del Estado. Naturaleza jurídica del acto presupuestal”, *Boletín Informativo Spondylus* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 1-17. <<http://hdl.handle.net/10644/3844>>.

2. En la doctrina es común la alusión a la expresión “instrumento legal” como sinónimo de “ley”; sin embargo, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 292 se refiere a este simplemente como “instrumento”;

Tanto en inglés como en francés, el término “budget” remite al origen conceptual del “presupuesto”, al término francés antiguo “bougette”; también referido como “pochette”; bolsillo, bolso, fondillo, saquillo, faltriquera en que se guarda el tesoro o patrimonio de alguien.

“Budget” significa, según la tradición inglesa, la carpeta o cartera de cuero del ministro del Tesoro Real, que contiene los documentos y relaciones correspondientes a ese Tesoro, con el cálculo de los recursos y el estudio de las necesidades del país.³

Así, lo que para Jose Terry es un cálculo legal de lo que gastará el gobierno en el año siguiente y de los recursos que podrá tener a su disposición para llenar esos gastos,⁴ para Luis Trotabas es el acto por el cual se prevén y autorizan los recursos y las erogaciones anuales del Estado.⁵ Este último criterio es fundamental para comprender el alcance del presupuesto, ya que, como se explicará más adelante, los ingresos no se aprueban; lo que se aprueba es el gasto en la medida de la previsión de ingresos. Presento en este momento esta idea a partir del criterio del referido autor, a quien se respalda en su afirmación.

No puede en esta recopilación de conceptos faltar Benvenuto Griziotti, quien con gran solvencia afirma que el presupuesto es el documento jurídico y contable en el que se enumeran los ingresos y gastos del Estado en su cuantía por el período de un año, que tiene fuerza de ley por la aprobación del Parlamento.⁶

A decir verdad, todas estas concepciones son acertadas, pero cada una de ellas, por sí sola, resulta incompleta, pues deja por fuera elementos importantes incluso tanto para el alcance e importancia del *presupuesto* como para sus contenidos mínimos, por lo que es necesario seguir buscando hasta encontrar una definición más completa y holística.

En ese camino, cabe retomar una definición clásica –pero bastante ilustrativa sobre los elementos de presupuesto–, traída a mención por Manuel Matus Benavente, quien señaló que se trata de un “documento legal en el cual sistemáticamente y anticipadamente se calculan los ingresos y se autorizan los gastos que habrán de producirse en un Estado en un cierto período de tiempo”.⁷ Si bien el término “documento legal” subsume al “presupuesto” a una existencia “legal”, en un principio puede considerarse como explicativo para describir al presupuesto en su concepción jurídica, toda vez

lo cual genera dudas de gran calado, respecto a la naturaleza jurídica que el presupuesto tendría en el nuevo ordenamiento ecuatoriano del Estado constitucional de derechos y de justicia.

3. Ver Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 369.

4. José Terry, *Finanzas* (Buenos Aires: As, 1998), 83-84.

5. Luis Trotabas, *Précis de science et législation financières* (Paris: Giufré, 1953), 29. Traducción en Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 371.

6. Benvenuto Griziotti, *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda* (Madrid: Reus, 1935), 426.

7. Manuel Matus Benavente, *Finanzas Públicas* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959), 220.

que la terminología acoge intrínsecamente un marco normativo generalmente concebido como “ley” y, por ende, se remite al principio de legalidad, para verificar su existencia y validez.

A este criterio habré de sumar el de Gastón Jéze, quien afirma que el presupuesto es un acto administrativo-legislativo concretado en forma de ley anual, por el que se prevén, autorizan y reconocen los recursos con los cuales los gastos han de cubrirse.⁸

Ahora bien, más allá del nombre del documento legal a través del cual se formalice su contenido –sea ley, acto administrativo-legislativo, o instrumento legal–, hay que tener clara la diferencia entre el presupuesto visto desde la “ciencia de las finanzas públicas” y el presupuesto visto desde el “derecho financiero”; la primera es la ciencia que estudia la actividad financiera del Estado en todas sus aristas, sean estas económicas, políticas, sociales, contables, etc.; mientras que la segunda visión corresponde estrictamente a la rama del Derecho público que regula la actividad financiera del Estado.

Es decir, en la primera el presupuesto ha de ser visto como una herramienta técnica para la planificación de las finanzas públicas, mientras que en el segundo será visto como un “acto jurídico” cuya naturaleza jurídica es el principal objeto de estudio, puesto que de tal configuración jurídica dependerá su validez y obligatoriedad.

En este punto es preciso señalar que ambas posiciones deben encontrar puntos de conexión que permitan demostrar que dicho instrumento, si bien contiene una planificación sujeta a ajustes y cambios, por su naturaleza legal, genera efectos jurídicos, siendo por tanto de obligatorio cumplimiento en su etapa de ejecución.

Desde la óptica de la ciencia de las finanzas públicas, y recordando la idea proyectada en la introducción: no hay doctrinas caducas, ni pensamientos extemporáneos, recurro al tratadista ecuatoriano Eduardo Riofrío Villagómez para guiarnos:

sigue en pie la tradicional concepción financiera del mismo, una de las más altas autoridades en la explicación de la teoría tradicional financiera de presupuesto, que, financieramente, sigue siendo cierta y respetada en la práctica, nos dice que elaborar un presupuesto es “enumerar, evaluar y comparar” periódicamente, y anticipadamente, para un periodo de tiempo futuro, los gastos a efectuarse y los ingresos a percibir.⁹

Esta afirmación del autor, con plena validez académica a pesar del tiempo transcurrido desde su postulación, a la cual me adhiero, permite afirmar con suficiente fundamento que, en un primer momento, el presupuesto se configura como una operación

8. Gastón Jéze, citado por Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 371.

9. Eduardo Riofrío Villagómez, *Tratado de finanzas públicas*, tomo I (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1968), 423.

financiera de cálculo, en dos niveles: el primero de control y evaluación de un ejercicio financiero anterior, y el segundo en una proyección de ingresos y egresos para un ejercicio financiero posterior, proyección que parte del primer nivel de evaluación y control y cuyo objeto es ser juridificado y validado por medios e instrumentos legales para que los ingresos y gastos se mantengan dentro de límites financieros, monetarios y de obligatoriedad.

En la misma línea de pensamiento, y parafraseando a Gastón Jéze, el presupuesto es un acto de previsión, un plan administrativo del gobierno y una autorización del poder ejecutivo;¹⁰ acto de previsión porque ante todo es una hipótesis, no una apuesta mal hecha, sino más bien un cálculo de una realidad futura con el menor margen de error; es un plan político administrativo en la medida en que estos factores no se pueden separar, y la ejecución del presupuesto es lo que finalmente permite llevar a cabo la referida planificación.

La proyección que contiene el acto presupuestal sobre los ingresos y los gastos futuros se elabora a partir del comportamiento de esos mismos indicadores y elementos presupuestales en ciclos presupuestales pasados, se han de tomar en cuenta el comportamiento habitual de los ingresos y gastos en relación al crecimiento de la economía del Estado; se discute entonces si el acto de previsión es un acto administrativo propiamente dicho, o se trata más bien de un conjunto de actos de naturaleza técnica financiera que se conjugan en un instrumento técnico, que requieren de aprobación legislativa para adquirir validez y fuerza obligatoria.

Juan Camilo Restrepo dice que “el presupuesto es en primer lugar, un estimativo de los ingresos fiscales, mas no siempre fue así [...] el presupuesto de una parte estima los ingresos y, de otra autoriza los gastos”,¹¹ lo que se conoce en doctrina como bifurcación del principio de legalidad financiera;¹² expone además que, en cuanto a los gastos se refiere, el presupuesto va más allá que en relación a los ingresos.

Una vez que se ha conocido la posición dogmática de la ciencia de las finanzas públicas, en este punto debo advertir, antes de entrar a la revisión de la doctrina del Derecho financiero, que he dedicado gran parte de este estudio a esta visión, puesto que a efectos del objeto central de investigación, es decir la “compra pública social-

10. Ver Gastón Jéze en Eduardo Riofrío Villagómez, 423. Los textos originales de Jéze pueden consultarse en su versión original en francés. En este artículo se ha recurrido a las citas textuales en español referidas en los textos de Héctor Villegas y Eduardo Riofrío.

11. Juan Camilo Restrepo, *Hacienda Pública* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005), 241.

12. Sobre la bifurcación del principio de legalidad financiera ver Álvaro Rodríguez Berejio, *El presupuesto del Estado* (Madrid: Tecnos, 1970), 62 y s. Cabe señalar que la teoría de la bifurcación fue desarrollada por Fernando Sainz de Bujanda, “Organización política y Derecho financiero (origen y evolución del principio de legalidad)”, en *Hacienda y Derecho*, tomo I (Madrid: I.E.P., 1962), 325.

mente responsable”, el presupuesto como instrumento de planificación resulta ser una herramienta fundamental para la determinación de criterios en dicha perspectiva.

Es decir que la actividad de planificación del Estado, que parte de un estimativo de ingresos a percibir, puede al propio tiempo contener criterios de compra socialmente responsable, que puedan ser implementados a través del gasto público; al ser este aprobado a través del procedimiento constitucionalmente previsto, surte efectos jurídicos y por tanto obligaría a los poderes públicos a gastar, en cuanto a compras públicas se refiera, de manera socialmente responsable.

La tesis propuesta en este artículo, evidentemente, es una teorización, producto de una construcción dogmática interdisciplinaria contemporánea, que permite ver al presupuesto de manera más amplia, no solo como herramienta de previsión del ingreso y aprobación del gasto, sino además como una herramienta político-económica que permita alcanzar objetivos tanto fiscales como de desarrollo social.

Para ello se necesita, en primer lugar, determinar como objetivo de la planificación la “responsabilidad social”; establecer con claridad los criterios que el Estado considera garantizan “compra pública socialmente responsable”; plasmarlos en el presupuesto aprobando a través de gastos así mismo responsables —en cuanto a la compra se refiere—. Al surtir efectos jurídicos, como si se tratase de una ley, obliga a las entidades públicas a aplicar los referidos criterios, para lo cual es preciso generar política pública en el mismo sentido.

En suma cuenta, lo que se pretende argumentar es que, al menos desde la visión financiera, el presupuesto tiene el espacio y por tanto puede generar las condiciones para una planificación socialmente responsable que, a partir del ingreso previsto, apruebe gastos cuyo destino no sea simplemente la satisfacción de una erogación, sino más bien el cumplimiento de un objetivo social, cuya aplicación está garantizada por la legalidad y obligatoriedad del “instrumento legal”.

Ahora bien, sabiendo que es posible planificar de manera socialmente responsable, cabe ahondar en la doctrina del Derecho financiero para definir y determinar la naturaleza jurídica del acto presupuestal; de tal forma que sea posible vincular la obligatoriedad del presupuesto, con la aplicación de los criterios de la compra pública socialmente responsable, desde una perspectiva jurídica.

En ese sentido, comienzo por citar a Álvaro Rodríguez Bereijo, quien afirma que los efectos del presupuesto son triples, autoriza a la administración a realizar el gasto público, limita las cantidades a gastar hasta la cifra consignada en el presupuesto, y fija el empleo o destino que ha de darse hasta a los créditos aprobados.¹³

13. Ver Rodríguez Bereijo, *El presupuesto del Estado*, 62 y s.

Lo que se ha tratado de explicar a través de todas estas definiciones es que el presupuesto, más allá de la figura legal con la que se apruebe en el legislativo, consiste en un acto, por un lado, proyectivo de los ingresos, y, por otro lado, aprobativo de los gastos; y es precisamente en la determinación del empleo que ha de darse al gasto público donde pueden incorporarse los criterios de la compra socialmente responsable; pues si bien los ingresos que no se aprueban, sino más bien se prevén, se destinan a un gasto que es aprobado, y que podría ser un gasto corriente de objetivos meramente presupuestarios, o podría ser un gasto productivo que coadyuve al ceñimiento de fines sociales, fines cuyo límite es, al propio tiempo, la disponibilidad de recurso efectivo, que en otras palabras depende de los niveles de recaudación de ingreso efectivo; por lo tanto, la proyección de ingresos es fundamental para el cumplimiento de estos fines, pues permite planificar apropiadamente el gasto a partir de un estimativo del recurso disponible para los diversos objetivos de la política fiscal.

Si bien son conocidas las fuentes de recurso, no es posible determinar con certeza el monto efectivo de recaudación; ello debido a que, no por el hecho de estar disponible un recurso, el Estado está obligado a explotarlo para convertirlo en ingreso; por ejemplo, los recursos naturales no renovables: que un Estado tenga yacimientos petroleros explotables no significa que “deba” o “le convenga” extraer dicho petróleo; habrá de considerarse el impacto ambiental y el precio que tenga el barril de petróleo en el mercado; así también, no porque tenga el Estado poder tributario significa que este sea ilimitado y pueda crear o modificar los tributos sin considerar la capacidad contributiva de los ciudadanos obligados.

En suma, se puede proyectar el crecimiento de los ingresos públicos, y proyectar técnicamente su crecimiento; pero la falta de certeza sobre el monto final de recaudación en un ejercicio fiscal impide su aprobación, por lo tanto, lo que procede es estimar a través una proyección –de ahí lo de cálculo legal– en la que el monto máximo de recaudación previsto constituye un límite al gasto público; por lo tanto, los gastos se aprueban, y dicha aprobación constituye un límite jurídico a la erogación, de ahí que los gastos sí son objeto de aprobación.

Ahora bien, una correcta planificación depende de varios factores; en primer lugar, del cálculo efectuado sobre la base de análisis de ejercicios fiscales previos, tomando en cuenta múltiples indicadores de crecimiento o decrecimiento de los ingresos por las diversas vías de recaudación; y, por otro lado, de la priorización de gasto que efectúe el Estado.

No se puede negar que tanto las Constituciones como las herramientas de planificación, como planes nacionales de desarrollo, suelen contener objetivos sociales; sin embargo, estos se convierten en retórica, puesto que no se articulan con el presupuesto y por tanto, al no ser vinculantes, no tienen fuerza obligatoria, convirtiéndose en objetivos utópicos; por lo tanto, la idea de anclar directamente a la planificación que

realiza el presupuesto –y no otros instrumentos– a criterios de responsabilidad social abre la posibilidad jurídica de exigir su cumplimiento a los poderes públicos que ejecutan el presupuesto.

Aprobados que han sido los gastos, uno de sus clasificadores se destina a la compra pública, la misma que en el marco de la planificación determinó los criterios que le son aplicables. A este particular me referiré más adelante; por el momento cabe advertir que dichos criterios han sido profundamente desarrollados en Europa, mas urge su estudio en Latinoamérica, particularmente en Ecuador, que en cierta forma ha incorporado a la compra pública objetivos sociales que van más allá de la satisfacción de necesidades públicas ordinarias y que se enmarcan dentro del ámbito del buen vivir.

NATURALEZA JURÍDICA DEL PRESUPUESTO

Definido que ha sido el presupuesto desde las ópticas planteadas, toda vez que como se ha señalado la mayoría de los autores se refieren a este o bien como *ley* o bien como *documento legal*, ante la variante introducida en la legislación ecuatoriana, en calidad de *instrumento*, es indispensable debatir sobre su verdadera naturaleza jurídica en el marco del ordenamiento vigente y, por tanto, sobre su alcance en sentido material y formal.

Sobre la naturaleza jurídica del presupuesto se han esbozado múltiples posiciones dogmáticas. Entre las más relevantes está la “Teoría dualista de Laband”, que señala que es indispensable distinguir entre la ley en sentido material, es decir, aquella que determina deberes y derechos para los ciudadanos, y la ley en sentido formal, aquella que en forma de ley expresa la opinión política del legislador sin determinación de deberes o derechos; en ese sentido, para Laband el presupuesto pertenece al segundo tipo de leyes,¹⁴ y expone:

la ley presupuestaria no constituye el fundamento legal ni de la realización de gastos ni de la recaudación de ingresos, siendo solamente la constatación del acuerdo entre el Gobierno y el Parlamento sobre la idoneidad de la estimación previa y sobre la necesidad y conveniencia de las sumas en ella indicadas.¹⁵

Ello hace que se desligue el acto presupuestal propiamente dicho de la ley aprobatoria, de tal forma que se termina dotando de profundo contenido administrativo

14. Ver comentario a Laband de Restrepo, *Hacienda Pública*, 228.

15. Paul Laband, *El derecho presupuestario* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979), citado por Juan Camilo Restrepo.

al presupuesto que requiere para obtener formalidad de una ley; en tal sentido, dicha separación implica una naturaleza dual; por un lado, el acto administrativo presupuestal, y, por otro lado, la ley formal que aprueba dicho acto.

Otra teoría destacada es la de Gastón Jéze quien se refiere al presupuesto como un *acto-condición*:

El presupuesto es un estado de previsión de gastos e ingresos del Estado para un tiempo determinado. Es un acto particular, no establece ninguna regla general y permanente. ¿En qué consiste entonces el presupuesto? Únicamente en la puesta en funcionamiento de las leyes preexistentes; el presupuesto no hace más que asegurar la ejecución de las leyes preexistentes. Por tanto, el presupuesto no es una ley sino un acto administrativo.¹⁶

Esta teoría fortalece el argumento del presupuesto como acto administrativo que existe como condición para aplicar otras leyes relativas tanto a los ingresos como al gasto.

Como parte del análisis de la naturaleza jurídica se ha mencionado especialmente en doctrina italiana que el presupuesto es un acto de naturaleza política que consiste en la aprobación del acto de previsión de ingresos y proyección de gastos; en ese sentido, la figura aprobativa del plan político viene a ser la figura de un acto complejo.

Conviene rescatar una sección de la teoría francesa encabezada por Duguit por la que “no ve en el presupuesto un acto jurídico único, sino un acto jurídico múltiple o complejo [...] para esta vertiente de la doctrina francesa era preciso distinguir el presupuesto de ingresos del de gastos, pues ambos tenían naturaleza jurídica diferente”.¹⁷ Aunque esta teoría actualmente no tiene acogida, no se descarta la concepción de acto completo o múltiple del presupuesto por razones que se expondrán más adelante en este estudio.

Adicionalmente se han desarrollado con gran énfasis teorías sobre el presupuesto como ley en sentido formal y material, dejando atrás los debates sobre la naturaleza administrativa y los actos políticos de aprobación; esta tendencia cobró gran fuerza y es acogida por la doctrina latinoamericana. Hasta cierto punto conforme la derogada Constitución de 1998, esta teoría habría descrito la naturaleza de aquel presupuesto en ella configurado; sin embargo, la Constitución vigente en el artículo 292 denomina al Presupuesto General del Estado como “el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado”; por lo que se ha replanteado

16. Ver Restrepo, *Hacienda Pública*, 229.

17. *Ibíd.*, 230.

el análisis sobre su verdadera naturaleza, al menos en el marco jurídico ecuatoriano, pues lo que para otros sistemas jurídicos es claro, para el ecuatoriano es aun difícil su comprensión.

Desde una perspectiva técnica, el presupuesto es el resultado de prever ingresos y proyectar gastos; consecuentemente, su primera fase es técnico-administrativa y está a cargo del ejecutivo a través de un organismo técnico, en cuyo caso su naturaleza originaria es la de un acto administrativo, en la medida en que es una “declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden práctico y regular”,¹⁸ es una declaración unilateral porque deviene del ejecutivo, de autoridad competente puesto que está a cargo del organismo técnico designado por el ejecutivo para tal efecto, que versa sobre asuntos financieros de administración pública y cuyos efectos jurídicos son de orden práctico puesto que se ejecuta periódica y planificadamente en forma constante y regular.

Específicamente puede calificarse a este como un acto administrativo compuesto por actos de simple administración, pues, para su configuración, todas las entidades públicas deben presupuestar y enviar al ente rector su propio cálculo presupuestal; así el organismo competente consolida las necesidades presupuestarias de todas las entidades de la administración pública, realiza el cálculo de previsión de ingresos y consolida en un solo presupuesto, que se denomina “general del Estado”, los gastos que serán aprobados y los montos correspondientes.

Si bien es cierto que por su estructura y forma de redacción, que es dispositiva y a través de un articulado, este podría asimilarse a un “acto administrativo normativo”, su naturaleza no es tal, pues requiere de una aprobación formal en el seno de la función legislativa; por lo tanto, puede calificarse como un acto administrativo-legislativo, es decir, un acto mixto o complejo que busca “administrar” efectivamente el recurso público a través de disposiciones y mandatos, todos ellos en el marco del principio de legalidad presupuestaria en su bifurcación previamente expuesta.

Ahora bien, el presupuesto no existe por la sola voluntad y planificación del ejecutivo, y no tiene fuerza obligatoria por el solo hecho de existir como acto administrativo; esta es apenas su etapa de concepción. Para que su existencia sea validada y goce de exigibilidad, requiere de la aprobación legislativa; en tal sentido, el plan concebido como acto administrativo se presenta en calidad de “proyecto o proforma presupuestaria”, y se tramita dentro en procedimiento especial y bajo parámetros constitucionalmente previstos, en lo que viene a ser una actividad reglada para su aprobación,

18. Marco Morales, “El acto administrativo”, en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia* (Quito: Konrad Adenauer-Tribunal Constitucional, 1999), 99.

configurando un documento legal que bien puede denominarse “Ley General de Presupuesto” y de tal forma ha sido nombrada usualmente; o bien puede concebirse simplemente como “Presupuesto General” y “Proyección cuatrianual presupuestaria” sin atribuir la calidad de “ley”, tal como sucede hoy en día en Ecuador.

De ello se deduce que en su segunda etapa, la de aprobación legislativa, el presupuesto se sanciona a través de un conjunto de pasos legislativos que, si bien se asemejan al proceso de aprobación de una ley, no son en stricto sensu idénticos. Así, vale la pena aclarar que las leyes en general se presentan con una iniciativa, se sancionan al interior del legislativo y se aprueban o vetan por el ejecutivo en su calidad de colegislador; mas, la batuta la lleva el legislativo en colaboración con el ejecutivo; mientras que el presupuesto no solo es de iniciativa del ejecutivo, sino que es una facultad inherente e intransferible de este para su elaboración, en cuyo caso el legislativo sigue una suerte de elemento validador del presupuesto a través de un procedimiento especial, por lo que el poder en este caso es del ejecutivo de principio a fin, toda vez que es quien crea, modifica, y, una vez aprobado, ejecuta el presupuesto.

En sumas cuentas, el presupuesto viene a ser un documento técnico-jurídico de naturaleza compleja, mixta, de múltiples instancias, donde el acto administrativo inicial permite su construcción y una posterior aplicación, mientras que su aprobación legislativa, verificada en una etapa intermedia, le otorga fuerza normativa y le confiere obligatoriedad y generalidad, a través de lo cual se manifiestan sus efectos tanto jurídicos como financieros.

Como paso final de este análisis desde el Derecho financiero, merece la pena abordar el tema de la denominación de “instrumento”, adoptada tanto en la Constitución de la República del Ecuador (art. 292)¹⁹ como en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (art. 76),²⁰ y sus implicaciones jurídicas, ya que, si bien desde la doctrina podría ser llamado ‘manuscrito presupuestal’, ‘directriz técnico-jurídico presupuestal’, ‘plan financiero del sector público’, entre otros, nos interesa la denominación constitucional en razón de su obligatoriedad desde el punto de vista jurídico, ya que parte de la tesis de este artículo es que la aprobación del gasto público podría

19. Ver artículo 292 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el *Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008: “El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”.

20. Ver artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas publicado en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial*, No. 306, 22 de octubre de 2010. “El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos de todas las entidades que constituyen las diferentes funciones del Estado. No se consideran parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”.

incluir criterios para la compra pública socialmente responsable; en ese sentido, es indispensable determinar los efectos jurídicos que en calidad de “instrumento” de planificación pueda generar, y, por tanto, la obligatoriedad de la aplicación de los referidos criterios.

Ahora bien, no se critica propiamente el uso del término “instrumento” desde el punto de vista técnico; lo que se critica es su falta de vinculación a un documento legal específico, por razones que se explicarán más adelante. En lo que al “instrumento” se refiere, Roberto Mario explica:

Todo acto de gobierno se traduce o refleja, en una decisión financiera, por cuanto representa un gasto. La prestación de servicios públicos lleva necesariamente a reunir o a suministrar los medios necesarios, para poder cumplimentarlos. Por consiguiente, el presupuesto resume esta actividad financiera, y refleja la acción del gobierno, por esta razón es que modernamente se lo define como instrumento del gobierno.²¹

Este valioso comentario es sustentado por el autor con el criterio de Giuliani Fonrouge, quien manifiesta que existe una corriente doctrinal muy generalizada que destaca una supuesta evolución del concepto de presupuesto desde una noción política, pasando por la faz jurídica al dar preponderancia al control hasta llegar a la supremacía del aspecto económico del presupuesto;²² lo cual explica que se haya adoptado una denominación más económica que jurídica del acto presupuestal.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el principio de legalidad es una tradición constitucionalmente vinculante; la aprobación del legislativo no es precisamente un acto político; se trata de un acto legislativo, formalización que garantiza deberes y derechos de los ciudadanos. La incorporación de ingresos tributarios aglutina la obligación de contribución, mientras que la aprobación de los montos del gasto le pone límites al poder público, trasladando así la voluntad soberana del pueblo hacia la dirección del gasto.

En ese sentido, lo preocupante en la selección de dicho término en la Constitución ecuatoriana es que, al no ser un término jurídico, no se lo relaciona directamente con una ley o con un acto administrativo, por lo que debería estar acompañado de términos como “legal” o “normativo” para configurarlo como un verdadero instituto jurídico que pueda ser exigible por vías así mismo jurídicas.

Por lo tanto, se puede advertir que la ausencia de dichos términos –“legal” o “normativo”– a continuación de “instrumento”, pone en tela de duda la fuerza normativa y

21. Roberto Mario Mordegliá, “El presupuesto del Estado”, en *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: AZ Editora S. A., 1977), 401.

22. *Ibid.*

la obligatoriedad del presupuesto en Ecuador, que, al no tener una configuración jurídica determinada, se desconoce si rige para este tanto el principio de legalidad, como tradicionalmente se lo aplica en Derecho administrativo, así como la posibilidad de realizar un control de legalidad y/o constitucionalidad, de ser necesario.

Se advierte así que dicha configuración en la Constitución ecuatoriana es tanto incorrecta desde el punto de vista jurídico como ineficiente desde el punto de vista práctico, pues, frente al incumplimiento de las disposiciones presupuestales, se evidencia una imposibilidad de requerir con acciones jurídicas concretas su aplicación y cumplimiento efectivo, atenuando así el principio de legalidad que teóricamente cubre al presupuesto.

PLANIFICACIÓN NACIONAL

Como ha quedado expuesto en el acápite anterior, el esquema constitucional vigente en Ecuador ha generado un efecto atenuante –casi anulador– del principio de legalidad en materia presupuestaria; ahora bien, el panorama jurídico se complica aún más, toda vez que es función de la Asamblea Nacional verificar la “sujeción” del presupuesto al Plan Nacional de Desarrollo (PND),²³ hoy denominado Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV), otro “instrumento” de planificación del Estado, así mismo de naturaleza jurídica indeterminada, que, a diferencia del Presupuesto, no se aprueba por la Asamblea, sino por el Ejecutivo sin participación del Legislativo.

El PNBV tiene su ciclo de elaboración y aprobación centralizado en la función ejecutiva, y compete su elaboración al Consejo Nacional de Planificación; mientras que su aplicación y verificación de cumplimiento compete a la Secretaría Nacional de Planificación, siendo básica la participación del Ministerio de Finanzas, organismo rector de la política financiera pública.

Todo lo cual subsume al acto legislativo de aprobación del presupuesto a lo contenido en otro instrumento de naturaleza administrativa elaborado por un estamento del propio ejecutivo; de tal forma que la aprobación del presupuesto se ve restringida a un rol pasivo de mera formalización, y, por tanto, la potestad de establecer límites al poder público sobre el destino del gasto, salvo mejor criterio, se ve casi anulada.

23. Art. 293. “La formulación y la ejecución del Presupuesto General del Estado se sujetarán al Plan Nacional de Desarrollo. Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y los de otras entidades públicas se ajustarán a los planes regionales, provinciales, cantonales y parroquiales, respectivamente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, sin menoscabo de sus competencias y su autonomía”.

Como bien se afirmó previamente, todo acto del Gobierno se relaciona directamente con una decisión financiera, lo que a su vez implica que cada decisión se expresa en el presupuesto o bien en las erogaciones aprobadas y posiblemente además en las proyecciones presupuestarias para los siguientes periodos fiscales; ello implica que el presupuesto en su naturaleza económica tenga dos manifestaciones, la de presupuesto financiero y la de presupuesto nacional o económico.

Cabe señalar que en doctrina existe esta distinción y será estudiada de manera breve para evitar dejar vacíos conceptuales; así, el *presupuesto financiero* es el que debe tenerse como el documento técnico legal, “instrumento” a efectos de la Constitución vigente del cual ya se habló previamente y se esclareció su naturaleza jurídica, que contiene los actos de previsión de ingresos y gastos a través de una proyección tanto anual como cuatrianual, como es nuestro caso particular; mientras que se ha de tener por *presupuesto nacional* al balance financiero que contiene los resultados de la actividad financiera no solo del Estado sino de toda la Nación con inclusión de todos los datos sobre los ingresos y gastos efectivos de la producción nacional;²⁴ es aquí donde se obtiene un balance tanto general como específico de erogaciones por tipo de gasto, en específico también respecto a la contratación pública y su impacto en la economía de los particulares.

Es decir que, en el caso de incluir criterios de compra pública socialmente responsable en el presupuesto financiero, en este balance nacional es donde se podrían encontrar resultados cuantitativos analizables respecto al cumplimiento de dichos criterios. Nuevamente en este punto me atrevo a teorizar sobre la base de mi afirmación inicial por la que es posible incluir estos criterios de responsabilidad social en el presupuesto en calidad de documento legal, y, por tanto, al existir la posibilidad técnica de calcular el ejercicio presupuestario de toda la nación, es posible entonces cuantificar el cumplimiento de determinados objetivos sociales.

A manera de ejemplo se puede citar el estudio de resultados y el análisis de las variables macroeconómicas que se presenta a la Asamblea Nacional para la aprobación del presupuesto cada año y que en Ecuador incluye una evaluación del cumplimiento

24. Se ha argumentado por algunos teóricos que el tradicional instrumento que estudiamos (presupuesto financiero) debe ser sustituido como en ciertas democracias modernas, por el concepto más amplio y útil al que se ha dado en llamar *presupuesto económico o nacional*. La diferencia consiste en que el *presupuesto financiero* es el acto de predicción y autorización de ingresos y gastos estatales en un lapso generalmente anual. En cambio, el llamado *presupuesto nacional* es aquel que refleja toda la actividad económica de la Nación. Comprende la contabilidad pública y también la contabilidad privada de la Nación, y de esa manera, el *presupuesto financiero* pasa a ser una parte del presupuesto nacional. Esto no significa que el *presupuesto nacional* absorba o sustituya al financiero, sino que lo completa, y amplía la noción. A su vez, el presupuesto nacional es parte de algo más amplio todavía: la planificación. Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 374-375. (Las cursivas me pertenecen).

de los objetivos del PNBV con la intención justificar la asignación de recursos en calidad de gastos de inversión destinados al cumplimiento de tales objetivos.²⁵

Por lo tanto, no cabe duda de que la planificación puede incorporar objetivos sociales al presupuesto; ahora bien, lo que aún falta es la debida articulación entre criterios específicos, que, para el caso que nos ocupa, son de “responsabilidad social” con la “compra pública”, tarea difícil, pero no imposible para los organismos técnicos de planificación, sobre todo si, tanto el ejecutivo en la elaboración como el legislativo en la aprobación, toman en cuenta no solo los principios tradicionales del presupuesto –equilibrio, universalidad, unidad y anualidad–, sino además los de solidaridad y responsabilidad social, que son los que permitirán la inclusión de tales criterios.

En cuanto a los principios tradicionales, es de vital importancia el de *equilibrio presupuestario* originado en el pensamiento financiero clásico y fundamentalmente en la escuela Keynesiana,²⁶ que consiste básicamente en que los gastos guarden equilibrio con los ingresos para evitar el déficit; así también los superávits, para mantener el equilibrio deberán asignarse al siguiente ejercicio fiscal para gastar, ahorrar o invertir de tal forma que sea productivo en términos económicos.

Otros principios de importancia son el de la *unidad* y el de la *universalidad*; el primero básicamente significa que todos los gastos e ingresos se aglutinan en un solo documento. Desde la visión clásica implica que existe un solo presupuesto que aglutina todos los ingresos del Estado, cualquiera sea su forma (federal o unitario), así como todos los gastos, en razón de lo cual este principio tan importante para los clásicos ha perdido fuerza, considerando que, aun en los estados unitarios donde se propugna la descentralización y autonomía, y mucho más, en los estados federales, el gobierno central maneja un presupuesto independiente al presupuesto de las entidades seccionales autónomas de administración, si bien el presupuesto de estas contiene a su vez

25. “En cumplimiento del Mandato Constitucional previsto en el artículo 280, el Consejo Nacional de Planificación aprobó con fecha 24 de junio de 2013 el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, y en el artículo 2 de esta resolución, dispuso que las instituciones del sector público articulen la formulación de sus políticas, planificación institucional, programas y proyectos públicos, la programación y ejecución presupuestarias; y la inversión y asignación de recursos públicos, con los objetivos políticos, lineamientos estratégicos, metas, Estrategia Territorial Nacional establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo denominado PNBV 2013-2017. La visión de largo plazo del PNBV tiene como sus objetivos estratégicos cambiar la matriz productiva por una economía basada en la apropiación científica, económica e industrial del conocimiento y fortalecer la capacidades de la población, para lo cual propone el impulso de los siguientes cuatro ejes: a) cierre de brechas de equidad; b) tecnología, innovación y conocimiento; c) sustentabilidad ambiental; y, d) matriz productiva y sectores estratégicos”. Asamblea Nacional, Comisión especializada permanente del régimen económico y tributario y su regulación y control, *Informe proforma del presupuesto general del Estado 2016*, Comisión No. 3, Quito, D. M., 12 de noviembre de 2015.

26. Se recomienda revisar la edición de: John Maynard Keynes, *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001).

las asignaciones conferidas por el gobierno central a través del presupuesto general; al fin de cuentas, el gran balance no aglutina ni a todos los ingresos ni a todos los gastos.

Por otro lado, el principio de *universalidad presupuestaria* “complementa a los anteriores en especial al de equilibrio y exige que los gastos no sean compensados por los recursos, o sea, que tanto aquellos como estos sean presentados en sus cantidades brutas, sin mostrar saldos netos”;²⁷ esto a consideración de que permite verificar la eficiencia y eficacia de todas las entidades y organizaciones estatales que efectivamente recaudan y gastan, en cuyo caso este principio no debería atenuarse, sin embargo de lo cual, habría que verificarse detenidamente los presupuestos y sus normas técnicas de ejecución para verificar su cumplimiento actual, particularmente en lo relativo al cumplimiento de objetivos sociales de la política fiscal.

Además se encuentra presente el *principio de la anualidad*. Sobre este, Giuliani Founruege²⁸ nos recuerda que se consolida por influencia de las prácticas financieras británicas de las escuelas clásicas, “la anualidad designa el término o plazo de aplicación de un presupuesto, el cual, conforme al criterio tradicional, no debía ser votado más que una sola vez para todo el año financiero y autorizar los gastos públicos y estimar los recursos públicos por un año solamente”;²⁹ este principio –que ha sufrido modificaciones, y del cual se contemplan algunas excepciones, tales como modificaciones extemporáneas por requerimientos de créditos adicionales, reducciones de presupuesto por acontecimientos emergentes o ampliaciones de las proyecciones financieras a efectos de programar a corto, mediano y largo plazo, así como también constatar el efecto de deudas públicas de largo plazo contraídas en períodos financieros previos, mas no inmediatos– ha permitido reconsiderar el principio de la anualidad, confiriéndole obligatoriedad funcional con opciones de atenuación.

Partiendo de este hecho, cabe aclarar que en primera instancia el presupuesto en Ecuador es efectivamente anual, sin embargo de lo cual el Ministerio de Economía y Finanzas, entidad gubernamental técnica del Ejecutivo a cargo del tema presupuestario, elabora la *programación cuatrianual presupuestaria*, instrumento que permite justamente planificar a mediano plazo; además, sobre este esquema se elabora el proyecto de presupuesto anual que se envía a la Asamblea Nacional.

El órgano legislativo no podrá en ningún caso modificar las asignaciones presupuestarias, se limitará a aprobar el proyecto u observarlo. Así lo estatuye el artículo 294 de la Constitución en los siguientes términos:

27. José María Martín, *Ciencia de las finanzas públicas* (Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1976), 269.

28. Carlos M. Giuliani Founruege, *Derecho financiero* (Buenos Aires: Depalma, 1970), 157 y 158.

29. Martín, *Ciencia de las finanzas públicas*, 265.

Art. 294. La Función Ejecutiva elaborará cada año la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual. La Asamblea Nacional controlará que la proforma anual y la programación cuatrianual se adecuen a la Constitución, a la ley y al Plan Nacional de Desarrollo y, en consecuencia, las aprobará u observará.³⁰

El trámite para su aprobación definitiva está contenido en el artículo siguiente, y básicamente señala, a más de los plazos respectivos, dos hechos relevantes: el primero por el cual el trámite contempla un solo debate para el análisis de la proforma presupuestaria, y en caso de no haber pronunciamiento dentro del plazo establecido por parte de la Asamblea dicha proforma presupuestaria y la programación cuatrianual entrarán en vigencia automáticamente, lo que marca una diferencia con el trámite de una ley general en sentido estricto, y se asemeja más al de una ley con carácter económico urgente, aunque, como ya se había mencionado, no tiene tal calidad; y, segundo, el hecho de que la Asamblea al observar tanto la proforma presupuestaria como la programación cuatrianual no podrá modificar propiamente el presupuesto: sus facultades alcanzan para observar únicamente por sectores de ingresos y gastos, sin alterar el monto global de la proforma; ello se encuentra normado en el artículo 295 de la Constitución.³¹

Consecuentemente, si bien desde la doctrina el poder legislativo otorga una autorización hacia el ejecutivo para que ejecute un presupuesto, en la práctica, más que una autorización, se constituye como un visto bueno para ejecutar ese plan político-administrativo y llevar a cabo esa proyección financiera previamente elaborada por el

30. Artículo 294. Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008 (estatus vigente).

31. Art. 295. La Función Ejecutiva presentará a la Asamblea Nacional la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual durante los primeros noventa días de su gestión y, en los años siguientes, sesenta días antes del inicio del año fiscal respectivo. La Asamblea Nacional aprobará u observará, en los treinta días siguientes y en un solo debate, la proforma anual y la programación cuatrianual. Si transcurrido este plazo la Asamblea Nacional no se pronuncia, entrarán en vigencia la proforma y la programación elaboradas por la Función Ejecutiva. Las observaciones de la Asamblea Nacional serán solo por sectores de ingresos y gastos, sin alterar el monto global de la proforma.

En caso de observación a la proforma o programación por parte de la Asamblea Nacional, la Función Ejecutiva, en el plazo de diez días, podrá aceptar dicha observación y enviar una nueva propuesta a la Asamblea Nacional, o ratificarse en su propuesta original. La Asamblea Nacional, en los diez días siguientes, podrá ratificar sus observaciones, en un solo debate, con el voto de dos tercios de sus integrantes. De lo contrario, entrarán en vigencia la programación o proforma enviadas en segunda instancia por la Función Ejecutiva.

Hasta que se apruebe el presupuesto del año en que se posesiona la Presidenta o Presidente de la República, regirá el presupuesto anterior.

Cualquier aumento de gastos durante la ejecución presupuestaria deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional, dentro del límite establecido por la ley. Toda la información sobre el proceso de formulación, aprobación y ejecución del presupuesto será pública y se difundirá permanentemente a la población por los medios más adecuados. Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008 (estatus vigente).

propio ejecutivo, un visto bueno que se concede una vez que se ha pronunciado sobre los montos de los rubros en el contenido. Una autorización implicaría aprobar o negar la proforma, en razón de una superioridad o supremacía jerárquica entre las funciones del Estado, donde el legislativo tendría la última palabra, mientras que un visto bueno implica una actividad de observación y, por ende, de participación en la discusión de un instrumento que, si bien elaborado y ejecutado por el ejecutivo, es supervisado y controlado por el legislativo, no en ejercicio de sus funciones de ente legislador sino más bien en sus funciones de control como representantes del pueblo que es finalmente quien nutre el presupuesto con sus aportaciones y quien recibe parte de los gastos a través de los servicios públicos.

EL GASTO PÚBLICO

Inicio este acápite remitiéndome a Guillermo Ahumada, cuya clásica postura se enfoca en la legalidad y los fines del gasto; este autor afirma: “el gasto público consiste en una erogación monetaria realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinada a fines de desarrollo nacional que se estima como interés colectivo”.³²

Efectivamente, el gasto público consiste en las erogaciones que realiza el Estado para atender las necesidades públicas; sin embargo, la actividad en sí misma de erogar implica algo más que pagar deudas, saldar compromisos contractuales o pagar sueldos y salarios. El gasto público implica la transformación de las rentas del Estado en servicios así mismo públicos, que satisfacen requerimientos presupuestarios tanto propios del Estado como organismo autónomo con necesidades económicas, como de la ciudadanía que, con sus aportes, coadyuva al cumplimiento de fines de interés general, de ahí que exista una íntima relación entre los ingresos y los gastos.

Francisco de la Garza señala que “por gastos públicos deben entenderse los que se destinan a la satisfacción atribuida al Estado de una necesidad colectiva, quedando por tanto excluidos los que se destinan a una necesidad individual”.³³ De acuerdo con Hugh Dalton, es verdad que solo los individuos tienen necesidades, pero algunas de esas necesidades pueden ser satisfechas más eficazmente por medio de los gastos públicos, a través de la gestión del Estado;³⁴ ello permite afirmar que efectivamente las necesidades públicas contienen dos variantes, aquellas necesidades propias del Estado

32. Guillermo Ahumada, *Tratado de finanzas públicas*, 4a. ed. (Buenos Aires: Plus Ultra, 1992), 69.

33. Sergio Francisco de la Garza, *Derecho financiero mexicano*, 13a. ed. (México D.F.: Porrúa, s. a.), 133.

34. Hugh Dalton, *Principios de finanzas públicas*, 2a. ed. (Buenos Aires: Arayú, 1953), 219.

cuyas erogaciones son indispensables para el sostenimiento de la estructura estatal, así como de un grupo de necesidades que, siendo individuales, le corresponden al Estado a efectos de una responsabilidad subsidiaria para con estos individuos, toda vez que son ellos de donde se nutre en parte el Estado para mantenerse erguido, al ser ciertas necesidades inherentes a todos los individuos y por su naturaleza se consideran como básicas o primordiales para la existencia propia ya no del Estado sino de los individuos que le aportan. Es a efectos de una ley de compensación que nace de la necesidad pública que satisface necesidades individuales.

José Vicente Troya, en su obra *El Derecho del gasto público*,³⁵ realiza un pormenorizado estudio sobre su naturaleza jurídica, elementos y por sobre todo su función presupuestal. De este estudio resulta apropiado, para los fines de esta obra, apuntar sus criterios producto de una solvente e importante recopilación doctrinaria, de la cual se debe resaltar los enfoques económicos del gasto público, puesto que son en cierta medida el núcleo donde convergen la obligación del Estado para coadyuvar con las necesidades individuales. En tal sentido, el autor manifiesta, dentro de la perspectiva económica, que Griziotti³⁶ señala que los gastos públicos son erogaciones y empleos destinados a la prestación de los servicios públicos que son requeridos por el interés público que comprende a la colectividad y a los individuos particulares. Añade que el gasto público complementa al gasto privado en lo tocante a la producción, distribución y consumo de la riqueza. Sobre los efectos en la economía manifiesta que los autores adoptan posturas varias, que unos creen que es un fenómeno de producción, otros de consumo y otros de intercambio.

Prosigue el estudio y, siempre bajo la perspectiva económica, Troya sustenta que los gastos públicos tienen un margen de expansión que está dado por la capacidad contributiva de los ciudadanos que aún no ha sido gravada con los tributos, es decir, sobre su riqueza, siempre que no se sacrifique las necesidades fundamentales para su existencia y no se reduzcan los ahorros necesarios para la producción nacional.³⁷

Otro enfoque económico corresponde a Ingrosso, quién asevera que el gasto público, además de satisfacer las necesidades públicas a través de la transformación de los recursos privados en recursos públicos, procura la redistribución de las rentas, la estabilización de la economía y el desarrollo de la renta nacional.³⁸ Tal transformación se finca en el cobro de tributos y de precios que, al ingresar en las arcas estatales, adquieren carácter público y sirven para la satisfacción de las necesidades públicas, e

35. José Vicente Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público* (Bogotá: Temis, 2013), 5 y s.

36. Benvenuto Griziotti, *Principios de las ciencias de las finanzas* (Buenos Aires: Depalma, 1939), 57-59.

37. Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público*, 5 y s.

38. Giovanni Ingrosso, *Corso di Finanza Pubblica* (Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969), 89.

inclusive para las privadas. Faya Viesca atinadamente señala que la hacienda clásica ponía énfasis en el monto de los gastos, en tanto que la hacienda moderna da mayor importancia a la composición de los mismos.³⁹ Damarco arguye que es importante saber cuánto se gasta; mas, lo es también saber cómo se gasta.⁴⁰

Con estos criterios recopilados y comentados por Troya Jaramillo, estando de acuerdo con su posición, queda plenamente claro que el gasto público juega un rol fundamental en los ciclos de la economía tanto pública como privada, de tal forma que “el concepto mismo de gasto público ha variado cuando se considera que de instrumento administrativo ha pasado a constituirse en instrumento de gobierno de importancia por su efecto en la actividad socio económica”,⁴¹ los ingresos tributarios se constituyen en un punto de conexión entre la economía de los particulares y la economía global, así también el gasto público es el camino de retorno de la subsidiaridad que complementa la función estatal de satisfacer necesidades; es allí donde el gasto destinado a la compra pública puede cumplir con múltiples finalidades, siendo la “responsabilidad social” una que coadyuvaría significativamente al desarrollo nacional.

Es cierto, pues, que el Estado está obligado a satisfacer las necesidades de la colectividad, es decir, las necesidades públicas; sin embargo, la política económica y gubernamental de un Estado y su naturaleza jurídica puede considerar diversos parámetros para la identificación de una necesidad y la calificación de individual, social o pública; de hecho es lógico sostener que todas las necesidades públicas devienen de la concentración de necesidades individuales.

No olvidemos que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 286 de la Constitución vigente desde 2008, los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes, configurando así tácitamente una categoría de gasto público “social”, cuyas erogaciones no pueden eliminarse o reducirse por propio mandato constitucional.

Ecuador no es el pionero de esta idea; de hecho es la Constitución de Colombia, vigente desde 1999, la que configuró expresamente la categoría de “gasto público social” en el artículo 350 al siguiente tenor:

La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado *gasto público social* que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respecti-

39. Jacinto Faya Viesca, *Finanzas públicas*, 7a. ed. (México D.F.: Porrúa, 2008), 37-38; Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público*, 5 y s.

40. Jorge Héctor Damarco y otros, *Manual de finanzas públicas* (Buenos Aires: AZ, 1977), 70; Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público*, 5 y s.

41. Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público*, 5 y s.

va”, esta norma dispone que “excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”⁴²

De acuerdo con la legislación colombiana, constituye gasto público social no solo la educación y la salud, sino además la cultura, recreación y deporte, entre otros. Es decir que el gasto social no solo cubre necesidades básicas de los individuos, sino que cubre además un cúmulo de necesidades que van más allá de lo indispensable para vivir y se relacionan con el desarrollo holístico e integral de la personalidad de los ciudadanos en su vida en comunidad. Por lo tanto, el gasto social coadyuva al cumplimiento de los fines ulteriores y más relevantes del Estado, mantener condiciones de vida óptima para sus ciudadanos, viviendo en comunidad, con seguridad y, dicho sea de paso, en democracia.

Ahora bien, no solamente el gasto público social cumple con dichas finalidades, la compra pública, aun si se trata de la adquisición de bienes y servicios necesarios para el diario funcionamiento de la administración pública o la propia contratación de obra pública, puede ser socialmente responsable; por lo tanto, es hoy tanto una obligación del Estado como un derecho de los ciudadanos que su aporte al gasto público, a través del pago de tributos y precios públicos, se convierta en erogaciones tanto económicamente productivas como socialmente responsables, es decir, incluyentes y generadoras de oportunidades de desarrollo para todos.

Una de las principales formas de evidenciar la productividad del gasto público ordinario es la cuantificación del retorno total o parcial del monto gastado, a través del pago de tributos y precios públicos; es decir que, por cada erogación, el Estado recibirá, luego del ciclo natural del capital en el mercado, un influjo de ingresos en calidad de tributos, los que se generan por efecto de la erogación propiamente dicha.

Este retorno es posible a través de un sistema de compras públicas dinámico, que permita, en articulación con el sistema tributario, la adquisición de bienes y servicios en el marco de un mercado estable, sólido y confiable, en el que dichas actividades económicas sean objeto de imposición justa y equitativa; así, la adquisición de bienes y servicios necesarios para la gestión gubernamental debe cumplir con ciertas características y determinados criterios que hagan de la compra pública un mecanismo para garantizar cohesión social, acceso a mejores servicios y garantía de múltiples derechos.

En esa línea de pensamiento, cabe señalar que las erogaciones vía compra pública deben propender al cumplimiento del principios universales del Derecho, tales como

42. Constitución Política de Colombia proclamada el 4 de julio de 1991 se tomó de la *Gaceta Constitucional* No. 127, de 10 de octubre del mismo año. Actualizada hasta el 1 de septiembre de 2004 (Bogotá).

la igualdad, no discriminación y solidaridad, de tal forma que propendan a conductas económicas y contractuales socialmente responsables.

COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

Dentro de la lógica expuesta, resulta apropiada una remisión al criterio del ya mencionado autor Héctor Villegas, quien explica que el gasto público consiste en la transformación de los ingresos del Estado en rentas y patrimonios de quienes producen los bienes materiales y prestan los servicios personales requeridos por el Estado u obtienen subvenciones de este.⁴³

Ahora bien, este proceso de transformación se lleva a cabo en gran medida a través de las compras públicas, que, de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución vigente, cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social; determina además que se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Esta norma constitucional, si bien no establece como principio jurídico de la contratación pública la “responsabilidad social”, sino más bien como un criterio, bien podría afirmarse a penas *informativo* del régimen contractual público, en calidad más de guía que de disposición con fuerza normativa –y ello podría llevarnos a un debate particular sobre la obligatoriedad, validez jurídica y exigibilidad de estas premisas–; pues no puede desatenderse el hecho fundamental de que, si bien en calidad de criterio, ya existe una constitucionalización de la responsabilidad social para dichos procedimientos contractuales públicos. Considero que la mejor garantía que se tendría de su aplicación, sería incorporar los criterios que materializan el principio en los respectivos instrumentos de planificación, particularmente en el presupuesto.

Definidas en el año 2011 por la Comisión Europea, como las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad) igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio

43. Villegas, *Manual de finanzas públicas*, 125-126, afirma, además, que la denominación gastos públicos es genérica y comprende dos grandes especies de gastos, que son netamente diferenciables al clasificarlos: a) las erogaciones públicas, que comprende todos aquellos gastos públicos derivados de los servicios públicos y del pago de la deuda pública; b) las inversiones patrimoniales, que comprende los gastos relacionados con la adquisición de bienes de uso o producción y con las obras y servicios públicos.

de la responsabilidad social de las empresas;⁴⁴ constituyen parte fundamental de la gestión pública, pues permiten articular los objetivos de la política con las erogaciones del gasto público.

A decir de Carlos de la Torre e Itziar Maruri, la compra pública responsable supone un avance en las formas de llevar a cabo la contratación pública, donde, a la consideración de criterios de relación entre calidad/precio e imparcialidad en los procedimientos de contratación (transparencia e igualdad), se le añaden parámetros ambientales, sociales y éticos.⁴⁵

Tal como se había afirmado inicialmente, el rol de las compras públicas en la actividad financiera del Estado, en cuanto que pueden cumplir con fines más amplios de la política pública, los mismos autores en el marco de un conjunto de investigaciones que lleva a cabo el Instituto Europeo de Sostenibilidad, Empleabilidad e innovación (ISEieurope) han llegado a la conclusión:

la contratación pública no es solo un instrumento para la ejecución de obras, establecimiento de servicios o prestación de suministros, sino que también presenta un gran potencial para impulsar políticas públicas sociales (significativamente de empleo) o ambientales. La política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica pero también puede tener como orientación la consecución de objetivos sociales o ambientales.⁴⁶

En ese sentido, las ventajas que trae consigo las compra pública responsable son: ayudar en el cumplimiento de leyes sociales y laborales; estimulación de mercados con conciencia social; demostración de habilidades de gobernanza sensible en aspectos sociales, fomento de la integración y garantía de eficiencia del gasto público,⁴⁷ y coadyuvan a alcanzar lo que en Europa vendría ser el “estado de bienestar” y que en Ecuador se ha propuesto supere los estándares de este; para alcanzar un “buen vivir”, propenden tanto a un gasto público responsable como eficiente y productivo.

En cuanto a la visión comparada, se puede decir que existen muchas experiencias positivas que el Ecuador podría revisar a fin de diseñar su propia política pública que permita, desde la configuración misma del presupuesto, determinar e incorporar cri-

44. Dirección General de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades de la Comisión Europea, *Adquisiciones sociales, una guía para considerar aspectos sociales en las contribuciones públicas* (2011).

45. Carlos de la Torre e Itziar Maruri, *Las claves para la compra pública responsable. Guía práctica* (s. l.: Instituto Europeo de Sostenibilidad, Empleabilidad e Innovación ISEieurope-Forética, 2015), 5.

46. *Ibíd.* El énfasis es de los autores.

47. Estas ventajas han sido enunciadas en Santiago Lesmes Zabalegi y Leire Álvarez de Eulate Bada, “Guía de Contratación Pública socialmente responsable”, en *Compra pública responsable* (Bilbao: REAS Euskadi, 2014), 7 y s.

terios de compras públicas socialmente responsables; las más destacadas a nivel de Unión Europea, organización supranacional que determinó los criterios a través de la Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 31 de marzo de 2004 que admitió la inclusión de “criterios sociales y ambientales en la contratación pública” en el marco de las libertades básicas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Además, vale la pena aclarar que los mejores resultados se han obtenido a nivel de municipios, pues son los que trabajan más directamente con la comunidad y disponen de recursos de manera más directa; entre los principales destacan: Municipio de Malmö (Suecia), Asociación de Municipios Lipor (Portugal), Municipio de San Sebastián (España) Municipio de Múnich (Alemania) Municipio de Zúrich (Suiza).⁴⁸

En ese sentido, Carlos de la Torre e Itziar Maruri acertadamente afirman:

el sector público puede y debe asumir un papel protagonista como líder y motor del desarrollo de la responsabilidad social, incorporando los criterios éticos, sociales y ambientales en las decisiones de compra y contratación, lo que además, impulsaría la adopción de dichos criterios por parte de las empresas contratadas o proveedores e incluso por los licitadores privados.⁴⁹

Se ha dicho en doctrina clásica, cuyo origen remonta a Kant⁵⁰ perfeccionada por Keynes, que el incremento en el gasto público vendría a estar justificado cuando la erogación se convierte en un factor de reactivación de la economía.

Si bien los principios del “multiplicador” y de “aceleración” del gasto público han sido superados por la doctrina del Derecho financiero, por considerarlos una teorización voluntarista,⁵¹ no se puede pasar por alto el efecto dinamizador de la economía, que un gasto por compra pública u obra pública pueden tener en la economía de los Estados.

Es evidente que un Estado no tendrá completo retorno de la erogación pública, aun si goza de un sistema tributario y un sistema de precios públicos óptimo; mas ello no impide que, realizado un gasto, por efecto del mercado, el Estado logre recuperar algo de su inversión por efecto del pago de tributos y precios públicos; en ese sentido, el

48. Ana Teresa Santos Martina Hooper, Natalie Evans y Viola Dannenmaier, *Buenas prácticas en contratación pública responsable experiencias de verificación en Europa*. Traducción al castellano: l'Apòstrof, SCCL (Berlín: o LANDMARK y World Economy, Ecology & Development, 2012).

49. De la Torre e Itziar Maruri, *Las claves para la compra pública responsable*, 5.

50. R. F. Kahn, “The relation of home investment to unemployment”, en *Economic Journal* (junio 1931).

51. En ese sentido revisar Villegas, *Manual de finanzas públicas*, 150.

ingreso en calidad de retorno del gasto público permite realizar nuevas erogaciones, aunque más reducidas en monto.

Por ejemplo, si el Estado contrata una obra pública, el contratista tendrá que adquirir, como mínimo, maquinaria y materia prima, pagando impuestos a los consumos especiales y aranceles en caso de hacerlo vía importación; si además el sistema tributario tiene, como en el caso de Ecuador, un tributo a la salida de capitales, el retorno por la vía tributaria es constante y fluido. Adicionalmente, el contratista contrata recurso humano y este a su vez contribuye a través de la imposición por rentas y realiza gastos personales, también gravados por los respectivos impuestos a los consumos. Así también la actividad empresarial debe cubrir el costo de los servicios básicos, que son generalmente prestados por el Estado a través de empresas públicas, y tiene al propio tiempo un rendimiento como empresa, que tributa rentas, generando así el contrato público una erogación, que puede ser en extremo productiva.

Este ejemplo permite evidenciar cómo un gasto público es rentable para el Estado, siempre y cuando cuente con un mercado estable y un sistema tributario debidamente articulado; por lo tanto, los gastos públicos pueden ser económicamente productivos, pues no solamente satisfacen la necesidad para los que fueron configurados, sino que además, a través del mercado y el sistema tributario, le generan un retorno parcial del monto gastado, en calidad de nuevos ingresos que permiten, a su vez, seguir erogando.

Ahora bien, sabiendo que el gasto puede ser productivo, es necesario dar un paso más adelante, hacia la productividad socialmente responsable. En este punto hay que articular la política fiscal junto con las políticas públicas en otros ámbitos, especialmente el laboral. Para que el gasto productivo sea al propio tiempo socialmente responsable, la compra pública debe realizarse con empresas que garanticen plenamente los derechos laborales, que generen espacios de inclusión, que tengan una clara política de género y que abran espacios para sectores económicos que son habitualmente segregados de la compra pública.

Las pequeñas y medianas empresas, así como los emprendimientos familiares y empresas del segmento de la economía popular y solidaria, han estado especialmente alejadas del sistema de contratación pública, siendo potencialmente productivas para el gasto público y teniendo alto rendimiento en temas de responsabilidad social y solidaridad, por lo que ameritan especial atención a través de políticas públicas que propendan hacia la máxima ventaja social, a través del gasto público.

Este artículo contiene una aproximación teórica inicial sobre la problemática jurídica en torno a la compra pública socialmente responsable y el presupuesto público; sin embargo, no es sino la proyección de una teoría en proceso inicial de exploración.

CONCLUSIONES

Se ha dicho en sede teórica que la compra pública debe garantizar los principios de igualdad, trato justo, equidad, libre concurrencia, no discriminación, transparencia, entre otros; y así se ha configurado el sistema de compras públicas en la legislación ecuatoriana;⁵² sin embargo, la práctica no ha dejado de ser diferente.

Todavía hace falta potenciar el Sistema Nacional de Contratación Pública para erogar responsablemente, tanto a nivel social como ambiental, pues al final de cuentas los gastos deben ser productivos para el Estado, y la productividad no puede medirse solamente en cifras de metas cuantitativas: debe medirse en el nivel de satisfacción de la población, y ello solo puede alcanzarse cuando se generen espacios de inclusión y respeto a los derechos laborales.

En esa medida, la compra pública socialmente responsable es un objetivo a largo plazo, mas requiere medidas urgentes que a corto y mediano plazo permitan comenzar a crear dichos espacios de inclusión y participación activa en la compra pública de todos los actores de la sociedad, que puedan y quieran ayudar a construir un Ecuador más solidario y responsable con su comunidad.

En esa línea de pensamiento, el presupuesto general del Estado es un instrumento de planificación de suma importancia, pues puede y debe incluir criterios de compra pública socialmente responsables, que permitan realizar erogaciones productivas tanto a nivel económico, como a nivel social.

Vale la pena señalar que, para que cumpla con su rol social, el presupuesto debe tener fuerza normativa, ser jurídicamente obligatorio, por lo que el “instrumento” debe ser “legal”, de tal forma que, a base del principio de legalidad, pueda ser tanto exigible como justiciable. También es indispensable contar con la opción de control de legalidad y control de constitucionalidad del presupuesto, para garantizar que ese criterio de compra “socialmente responsable”, contenido en el artículo 288 de la Constitución de la República, no se convierta en retórica o letra muerta, carente de aplicación práctica.

Cierto es que gran parte de este artículo contiene una teorización, pero está argumentado que, tanto en doctrina jurídica como en criterio social, es posible realizar compra pública socialmente responsable. Las experiencias comparadas a nivel de Unión Europea así lo han demostrado; el gasto público puede así mismo ser económica y socialmente productivo; para ello, la compra pública debe ser dinámica, inclusiva,

52. Ver artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública. Ley 1 publicada en el *Registro Oficial*, No. 395, 4 de agosto de 2008.

equitativa, e igualitaria, capaz de generar espacios de producción y participación económica, social y ambientalmente responsables.

Las compras públicas, en calidad de gasto público, puede cumplir con múltiples funciones y son los responsables de la planificación nacional los llamados en su calidad de poderes públicos a incluir, desarrollar y aplicar los criterios de responsabilidad social y ambiental que permitan alcanzar niveles de vida óptimos, y satisfacción de necesidades de manera sostenible y sustentable.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, Guillermo. *Tratado de finanzas públicas*, 4a. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1992.
- Dalton, Hugh. *Principios de finanzas públicas*, 2a. ed. Buenos Aires: Arayú, 1953.
- Damarco, Héctor Jorge, y otros. *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: AZ, 1977.
- De la Garza, Sergio Francisco. *Derecho financiero mexicano*, 13a. ed. México D.F.: Porrúa, s. a.
- De la Torre, Carlos, e Itziar Maruri. *Las claves para la compra pública responsable. Guía Práctica*. s. l.: Instituto Europeo de Sostenibilidad, Empleabilidad e innovación ISEiurope-Forética, 2015.
- Dirección General de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades de la Comisión Europea. *Adquisiciones sociales, una guía para considerar aspectos sociales en las contribuciones públicas*. 2011.
- Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*, 7a. ed. México D.F.: Porrúa, 2008.
- Giuliani Founruge, Carlos M. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1970.
- Griziotti, Benvenuto. *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda*. Madrid: Reus, 1935.
- Ingresso, Giovanni. *Corso di Finanza Pubblica*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.
- Kahn R., F. "The relation of home investment to unemployment". *Economic Journal* (junio 1931).
- Keynes, John Maynard. *Teoría general sobre el empleo el interés y el dinero*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2001.
- Laband, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- Lesmes Zabalegi, Santiago, y Leire Álvarez de Eulate Bada. "Guía de Contratación Pública socialmente responsable". En *Compra pública responsable*. Bilbao: REAS Euskadi, 2014.
- Martin, José María. *Ciencia de las finanzas públicas*. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1976.
- Matus Benavente, Manuel. *Finanzas públicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959.

- Morales, Marco. “El acto administrativo”. En *Derecho constitucional para fortalecer la democracia*. Quito: Konrad Adenauer / Tribunal Constitucional, 1999.
- Mordeglia, Roberto Mario. “El presupuesto del Estado”. En *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: AZ, 1977.
- Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005.
- Riofrío Villagómez, Eduardo. *Tratado de finanzas públicas*, tomo I. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1968.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro. *El presupuesto del Estado*. Madrid: Tecnos, 1970.
- Sainz de Bujanda, Fernando. “Organización política y Derecho financiero (origen y evolución del principio de legalidad)”. En *Hacienda y Derecho*, tomo I. Madrid: I.E.P., 1962.
- Santos, Ana Teresa, Martina Hooper, Natalie Evans y Viola Dannenmaier. *Buenas prácticas en contratación pública responsable experiencias de verificación en Europa*. Traducción al castellano: l’Apòstrof, SCCL. Berlin: o Landmark y World Economy, Ecology & Development (WEED e.V.), 2012.
- Terry, José. *Finanzas*. Buenos Aires: As, 1998.
- Trotabas, Luis. *Précis de science et législation financières*. Paris: Giufré, 1953.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *El Derecho del gasto público*. Bogotá: Temis, 2013.
- Villegas, Héctor. *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 25 de abril de 2016

El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas

*Juan Francisco Díaz Colmachi**

RESUMEN

El Ecuador comienza a sentir una crisis económica generada en teoría por factores externos que directamente han afectado la contratación pública. Aunque desde el Gobierno se quiera minimizar la situación, el día a día de los departamentos de compras públicas comienza a ser discordante con los discursos de tarima.

El presupuesto referencial fijado para cada procedimiento de contratación es el punto neurálgico a precautelar, para así conseguir que los efectos de la crisis no aquejen de manera directa las compras públicas y se puedan satisfacer necesidades del ciudadano con menos recursos. ¿Cómo lo conseguimos? Realizando un análisis de los componentes que integran el presupuesto referencial, herramientas que incentiven al funcionario público a determinar presupuestos referenciales más ajustados a la realidad, creando procedimientos innovadores que resguarden adecuadamente el gasto público que, el año 2016, será menor.

PALABRAS CLAVE: Compras Inteligentes, Contratación Pública, Crisis Económica, Gasto Público, Presupuesto Referencial.

ABSTRACT

Ecuador is facing an economic crisis caused by external factors affecting directly to public purchases. However the government is trying to minimize the situation, the day by day of the department of public acquiring is starting to be incompatible with the talks in platform.

The referential budget selected for each employing process, is the primary point to precaution, to procure that the crisis effects will not affect directly to the public acquisitions and to be able to satisfy the citizens needs with less resources. How can we get this solved? First evaluating the components that incorporates the referential budget, tools that motivates the public employee to manage referential

* Director jurídico de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción. Docente universitario.

budgets that are adjusted to actuality, creating innovative procedures to follow close the public expenses and to be able to be conscious that the public expense for 2016 will be lower.

KEYWORDS: Smart Procurement, Procurement, Economic Crisis, Public Expenditure, Referential Budget.

FORO

INTRODUCCIÓN

Dejó de ser un mito la crisis económica que vive el Ecuador, para ser una etapa que estará presente durante todo el ejercicio fiscal 2016, y quién sabe por cuánto tiempo más. A pesar de los esfuerzos por camuflar su existencia, y de los intentos para cubrir el hueco por la falta de divisas con más endeudamiento –procurando así no sentir tanto la ausencia de recursos, siendo un año electoral–, las cifras en las entidades contratantes ya no son las que disponían antes para invertir en obras, proveer de bienes o contratar servicios, incluidos los de consultoría.

El día a día de los departamentos de contratación pública y de las áreas encargadas de las finanzas públicas comienza a ser discordante con los discursos; al analizar lo que reflejan los planes anuales de contratación (PAC) de las dependencias gubernamentales, en concordancia con los presupuestos aprobados, es prueba suficiente para evidenciar la disminución en las asignaciones, que provocan directamente gestionar menos compras públicas.

En el presente trabajo procuramos analizar cómo afecta en las compras públicas el tener menos recursos para satisfacer necesidades; así mismo, se busca evidenciar la importancia que debe tener el presupuesto referencial; y, finalmente, proponer ciertos elementos que aporten a la optimización del dinero público.

EL CIUDADANO COMO FIN ÚLTIMO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si bien es cierto que las entidades contratantes *per-se* son las que resultan afectadas por la escasez de recursos, no hay que olvidar el aporte de Santofimio cuando dice que “el principio de prevalencia del interés general se vincula directamente con las finalidades estatales, y que para su concreción requiere de todos los niveles del ordena-

miento normativo que permita materializar su alcance”;¹ en otras palabras, el objetivo de las compras públicas no son sus funcionarios, ni las máximas autoridades, ni la institución como tal; lo es el ciudadano; la colectividad es el fin último de las compras pública, por lo tanto, la razón de ser de las adquisiciones gubernamentales es satisfacer las necesidades de la sociedad.

Este precepto no está considerado de manera expresa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), ni en su reglamento general, menos aún en las resoluciones que emite el SERCOP.² Esta máxima se construye al ser las compras gubernamentales una de las expresiones más claras del gasto público, al convertirse en el modo de instrumentalizar el cumplimiento de objetivos estatales, a través de bienes, obras y servicios:

Es a la Administración Pública a la que le corresponde la materialización del interés general, por lo menos desde el cumplimiento del principio de legalidad en la contratación administrativa, encontramos dos grandes obligaciones a cargo de las entidades estatales y que le apuntan a ese interés general. Por una parte para cuando la administración define la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar [...] allí la administración tiene que justificar la necesidad del contrato y el objetivo público que cumple [...] Por otra parte le corresponde a la Administración garantizar la selección de la oferta más favorable entre todos aquellos que se consideraron idóneos para participar.³

Aunque suene utópico, las compras públicas deben tener como primer objetivo satisfacer necesidades comunes; si bien se pueden interpretar mal ciertas contrataciones para beneficio directo o indirecto de servidores públicos,⁴ lo cierto es que la norma en la materia establece que el PAC debe estar asociado al Plan Nacional de Desarrollo,⁵ para a través de cada contratación plasmar los postulados del mal llamado Plan del Buen Vivir⁶ y aterrizar dichos objetivos supraterrrenales en la realidad.

-
1. Jaime Santofimio, *Tratado de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 366.
 2. Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública (SERCOP), ente rector de las compras públicas en el país, conforme el artículo 6 numeral 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
 3. Ernesto Matallana Camacho, *Manual de contratación de la administración pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 29.
 4. Se beneficia directa o indirectamente a servidores públicos con los procedimientos de contratación pública a través de: adquisición de uniformes, transporte institucional, capacitaciones, provisión de suministros y mobiliario, entre otros; bienes y servicios que pueden interpretarse como compras realizadas en beneficio de los funcionarios, sin embargo el fin es en realidad que los servidores cuenten con todas las facilidades y herramientas necesarias para cumplir a cabalidad con su trabajo y así cumplir con el fin último que es satisfacer necesidades de la ciudadanía.
 5. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (en adelante LOSNCP), en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 395 (Quito, 4 de agosto 2008), artículo 22.
 6. Mal llamado porque la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 280, define y denomina al mencionado Plan como Nacional de Desarrollo, no como Plan del Buen Vivir.

Como menciona Héctor Villegas, “el Estado no es consumidor sino un redistribuidor”,⁷ lo que significa que las entidades contratantes no son adquirentes en esencia; por el contrario, lo que se obtiene mediante procedimientos de contratación debe servir para poder brindar servicios y bienes —en ese orden— y así cumplir el objetivo fundamental de cada institución pública; por ello: “el gasto público tiene [...] efectos redistributivos que pueden ser buscados deliberadamente por el Estado, alterando la composición del ingreso nacional y el bienestar de la colectividad”,⁸ ya que las compras públicas, por mandato constitucional, son también dinamizadoras de la economía,⁹ y de esta forma se beneficia directamente a los ciudadanos.

SIN FONDOS PARA CUMPLIR OBLIGACIONES

Es importante señalar que en el año 2015 el Estado cerró con un importante déficit. Basta revisar las cuentas por pagar a proveedores del gobierno que no fueron canceladas hasta el cierre del ejercicio fiscal, donde hasta ahora adeudan obligaciones.

A inicio de este año, Fausto Herrera, ministro de Finanzas del Ecuador, señaló que 1.559 millones de dólares es el valor presupuestado para el año 2016 por valores acumulados y pendientes de pago a proveedores de 2015;¹⁰ a pesar de contar con una disposición expresa, tanto en la LOSNCP en su artículo 24, en concordancia con el artículo 27 de su Reglamento General, como también en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, artículo 115, respecto a que se debe contar con los fondos necesarios previo a iniciar un procedimiento de contratación —so pena de sanciones en caso de no hacerlo—, estos hechos evidencian que, a pesar de disponer de una certificación presupuestaria, no se pudieron realizar los pagos.

Es grave lo descrito ya que, si bien es cierto que se cumple con el formalismo de tener el instrumento exigido, como es la certificación de fondos, los recursos que se reservaron para los pagos no existieron, o dejaron de existir, caso contrario los contratistas no sufrían el importante retraso y el incumplimiento en los pagos no cancelados,

7. Héctor Villegas, *Manual de finanzas públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 81.

8. Dino Jarach, *Finanzas públicas* (Buenos Aires: Cangallo, 1978), 63.

9. Si bien es cierto las compras públicas son un elemento dinamizador de la economía, conforme lo señala el artículo 281 de la Constitución del Ecuador, el mencionar que se priorizará la adquisición de productos nacionales de micros y pequeños empresarios es un tema que debería ser tratado en capítulo aparte; por esa razón no se ahonda en el análisis de este criterio.

10. Información por deuda del Estado a proveedores, tomada del diario *El Comercio*. <<http://www.elcomercio.com/actualidad/rafaelcorrea-pagos-ecuador-enero-proveedores.html>>. Revisado el 16 de febrero de 2016. Se verificó la página del Ministerio de Finanzas; sin embargo, respecto de este tema en particular no se ha pronunciado hasta la fecha señalada en esta cita.

que en algunos casos permanece hasta la presente fecha.¹¹ Estos hechos denotan los aprietos que está atravesando el Ecuador por falta de recursos, lo que no permite cumplir con sus acreedores a tiempo.

Es importante analizar que para el 2016, debido a la baja en el precio del barril de petróleo, se determinó un valor de US \$ 35,00 por unidad¹² en el presupuesto del Estado ecuatoriano; por otro lado, tenemos un Presupuesto Inicial del Estado (PIE) de US \$ 29.835'098.320,79, lo que equivale a US \$ 6.482'018.689,56 menos que el año 2015, provocando así que la cuantía de los procedimientos de contratación varíe hacia la baja. Para tener una idea, el presupuesto referencial máximo para la ínfima cuantía en el año 2016 es de US \$ 5.967,02, similar a la cuantía que este procedimiento mantenía en el año 2013, que era de US \$ 5.221,85, comprobando con estos datos el decremento y retroceso en el presupuesto ecuatoriano.

Así, podemos observar un panorama no tan alentador de las compras públicas en Ecuador para 2016. Aleatoriamente se revisaron los PAC de las dependencias públicas más grandes que, de alguna forma, viabilizan las prioridades gubernamentales, encontrándose los siguientes resultados:

Planes anuales de contratación, 2015 y 2016

Entidades contratantes	PAC 2015	PAC 2016	Diferencia en menos
Presidencia de la República	\$ 13'930.697,50	\$ 553.773,58	\$ (13'376.923,92)
Ministerio de Salud Pública	\$ 73'468.631,33	\$ 20'753.962,21	\$ (52'714.669,12)
Ministerio de Transporte y Obras Públicas	\$ 80'610.364,00	\$ 2'009.750,00	\$ (78'600.614,00)
Ministerio de Educación	\$ 69'899.304,47	\$ 38'660.087,10	\$ (31'239.217,37)
Yachay EP	\$ 10'825.148,46	\$ 9'660.118,81	\$ (1'165.029,65)
Ministerio de Inclusión Económica y Social	\$ 130'275.411,00	\$ 942.163,06	\$ (129'333.247,94)
Agencia Nacional de Tránsito	\$ 49'631.525,95	\$ 1'682.684,34	\$ (47'948.841,61)
Servicio de Contratación de Obras SECOB	\$ 76'031.123,48	\$ 10.105,50	\$ (76'021.017,98) ¹³

Fuente: Información recopilada del portal <www.compraspublicas.gob.ec>.

11. Este artículo fue escrito el 4 de abril de 2016.

12. Información por valor del barril de petróleo ecuatoriano, tomada del Ministerio de Finanzas del Ecuador. <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/11/Proforma-del-PGE-2016-30_2015-DEFn.pdf>. Revisado el 16 de febrero de 2016.

13. Este cuadro fue elaborado con información de febrero de 2016.

Revisando el cuadro que antecede, podemos tener al menos tres lecturas: 1. se evidencia menos dinero para emplearlo en contratación pública; 2. si bien es cierto que se está comparando un PAC 2015, incluidas todas las reformas, con un PAC 2016 relativamente recién cargado, se nota la poca importancia y planificación que se le da a este Plan por las reformas sin límite que se pueden realizar, incorporando o retirando contrataciones en el camino; y 3. muchas entidades están esperando la asignación de recursos por parte del Ministerio de Finanzas provenientes de los endeudamientos que gestiona el actual gobierno para proceder a incluir las contrataciones pendientes.¹⁴

Es evidente la complicación que se genera al tener menos recursos para satisfacer necesidades a través de las compras gubernamentales; así, nos encontramos en un punto donde es necesario el surgimiento de verdaderos expertos en contratación pública que, con menos asignaciones, intenten satisfacer la mayor cantidad de necesidades de la ciudadanía.

EL ESTADO COMPRA MÁS CARO

No es novedad que al Estado le venden más caro los bienes, las obras o los servicios que requiere, producto de las condiciones precontractuales establecidas, como son: la obligatoriedad de presentar garantías –técnica, de buen uso del anticipo y/o de fiel cumplimiento del contrato–, por la demora que existe en los pagos debido a los tediosos procedimientos en la cancelación de obligaciones, la serie de requisitos burocráticos que se deben cumplir, y, finalmente, no sin ser estas las únicas razones, es que los responsables de generar la necesidad al elaborar los presupuestos referenciales no mantienen la prolijidad de establecer en muchos casos valores acordes a mercado.¹⁵

Si tendríamos que identificar un responsable para que el Estado realice compras más onerosas, sería la misma Administración. Los proveedores se han habituado a

14. Revisar http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/DEUDA-SECTOR-PUBLICO-DEL-ECUADOR_febrero2016_corregido.pdf y http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101930333/-1/Ecuador_adquiere_otra_deuda_esta_vez_por_156.5_millones.html#.VwLIf3oYWNWU, visto el 3 de abril de 2016.

15. Para demostrar que el Estado compra más caro, hay un sinnúmero de ejemplos, desde la adquisición de una computadora portátil mediante catálogo electrónico que tiene un costo de alrededor de US \$ 1.000,00, pero en el mercado cuesta una de similar o mejores características en US \$ 800,00, hasta una carretera que fue entregada en el doble del tiempo programado y costó casi el triple del monto de su precio inicial, 11 kilómetros llegaron a costar 198 millones de dólares. El precio por kilómetro de carretera es de: US \$ 116 mil dólares en Alemania, US \$ 164 mil en Grecia, US \$ 215 mil en España, y US \$ 218 mil en Polonia; sin embargo, en Ecuador esta vía costó por kilómetro 16,5 millones de dólares. Revisar: <http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/tenemos-carreteras>, y también <http://lahistoria.ec/2014/08/04/collas-ruta-mas-cara-region/> última revisión 24 de marzo de 2016.

incrementar sus cotizaciones por las razones expuestas en el párrafo precedente, y esto afecta a todo presupuesto, sumándose otro factor importante que son los estudios previos elaborados por la Administración, que pueden resultar imprecisos y que ocasionan aumentos posteriores a la firma del contrato.¹⁶

Si se revisan los informes de los estudios técnicos económicos previos a las compras, se puede evidenciar que lo único de estudios lo llevan en el título. La exposición de motivos económicos se reduce a obtener 3 cotizaciones y a sacar la media de estas propuestas económicas; lamentablemente, al servidor público no le han instruido una manera distinta de elaborar presupuestos referenciales, con sus honrosas y escasas excepciones.¹⁷

¿Por qué al cotizar el mismo Estado provoca que le vendan más caro? Simple: basta que una de las cotizaciones obtenidas sea más cara en su valor para que la media aumente. Si el objetivo del procedimiento de contratación es adjudicar la oferta con el menor precio, si se llega adjudicar a quien cotizó el precio más bajo para cuando se preparaba el presupuesto referencial, definitivamente se le estará adjudicando por un valor superior al de su oferta inicial y evidentemente el oferente no manifestará objeción alguna.

Es de esta forma como los recursos públicos dejan de optimizarse. Si llegamos a sumar todos estos valores pagados por bienes, obras y servicios, producto de presupuestos referenciales mal determinados, llegamos a concluir que el Estado paga más por algo que cuesta menos.

Otro elemento que demuestra que al Estado le venden más caro es la diferenciación del precio en la proforma; por lo general, cuando los proveedores escuchan que quien cotiza es una entidad gubernamental, colocan un valor superior. Esto se puede comprobar, y se lo ha hecho con pedidos simultáneos, evaluando el mismo objeto de contratación, por un lado el ente gubernamental, y por otro un particular, hallándose importantes diferencias.¹⁸

Resulta ineludible replantear el modo en que las entidades contratantes fijan presupuestos referenciales, y de cómo se administra la cosa pública; hay que recordar lo que determina el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual de manera taxativa prescribe:

16. Leer <<http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101931768#.VwJ0U3oYNWU>> observado el 4 de abril de 2016.

17. Estas afirmaciones se realizan después de revisar un importante número de procedimientos de contratación en este tiempo de experticia profesional, ya que, a pesar del estudio económico ser considerado información relevante que debe ser publicitada en el portal de compras públicas, la herramienta tecnológica no presta la facilidades para ello, por lo que estos documentos no se los puede revisar en línea.

18. En estos detalles el presupuesto referencial termina siendo efectivamente determinado o no.

Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley.¹⁹

En este momento la Administración en su conjunto debe hacer un mea culpa y autocuestionarse si el cumplimiento de necesidades se efectúa conforme el artículo citado, o si es preciso un análisis económico más profundo, tomando en cuenta el monto y la complejidad del objeto de contratación, donde amerite más que simples proformas.

EL PRESUPUESTO REFERENCIAL

Para poder ir encaminando el presente trabajo investigativo nos formulamos una pregunta básica: ¿qué es presupuesto referencial? La LOSNCP fija ciertos conceptos: en su artículo 6, número 27, se determina que el presupuesto referencial es: “monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual”; por otro lado, el artículo 40 de la misma Ley establece: “por presupuesto referencial del contrato se entenderá aquel que haya determinado la institución, dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de inicio del proceso”. Con estas acepciones tenemos una idea de lo que significa, empero no se establece cuál es el origen de este valor o el camino para determinarlo.

Etimológicamente *presupuesto* se origina de dos raíces latinas: *pre* que significa antes, y *supuesto* que deriva del latín *rixtus*, que significa *hecho*.²⁰ Por lo tanto, *presupuesto* significa *antes de lo hecho*. Respecto a la palabra *referencial* o *referencia*, encontramos que es la: “base de una comparación o de una relación”.²¹ Estas definiciones nos permiten puntualizar que presupuesto referencial es: “el valor previo a cualquier contratación, que fija la institución adquiriente como base, para obtener bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría y que se deben reflejar en una certificación presupuestaria”.²²

Pero ¿de dónde nace el presupuesto referencial? La doctrina local sostiene que:

19. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 595 (Quito, 12 de junio, 2002), artículo 40.

20. Definición de presupuesto. <<http://etimologias.dechile.net/?presupuesto>>, revisión el 11 de febrero de 2016.

21. Definición de referencial. <<http://lema.rae.es/drae/?val=referencia>>, última revisión 15 de febrero de 2016.

22. El citado concepto de presupuesto referencial fue construido por el autor de este artículo en la tesis de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, denominada: “La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano”, en razón de que, en la legislación ecuatoriana como internacional, poco se ha escrito sobre el presupuesto referencial, por lo que el mencionado trabajo investigativo se lo realizó en torno a ello. <<http://>

Los estudios permiten a la entidad, tener claridad respecto al objeto de la contratación, pues en ellos se determinan las *especificaciones generales y técnicas de dicho objeto contractual, en base a lo cual podrá obtenerse el presupuesto referencial*, requisito indispensable para obtener la certificación presupuestaria y poder determinar el procedimiento precontractual que corresponda.²³

Este valioso criterio es un elemento que permite dilucidar el origen del presupuesto referencial, en concordancia con lo dicho por Bertha Rosero respecto a que “la entidad deberá destinar un presupuesto basado en los requerimientos técnicos, como montos en personas/tiempo, soporte logístico, insumos imprevistos y la utilidad razonable para el contratista”.²⁴

Los estudios originan las especificaciones técnicas –empleadas para bienes y obras– y los términos de referencia –utilizados para servicios incluidos los de consultoría–,²⁵ siendo estos la descripción a detalle del bien, obra o servicio de lo que se requiere adquirir en su totalidad; en otras palabras, son: cantidad, forma, modos, prestaciones, bondades, y resultado de lo que se pretende comprar, con base en las necesidades institucionales, por lo que estas características muchas veces complejas permiten establecer el costo referencial.

Por lógica, para saber cuánto cuesta lo que se va a comprar, se necesita primero establecer qué es lo que se va a comprar. Las especificaciones técnicas, o los términos de referencia, ayudan por ser su función primordial, ya que delimitan las características de lo que se pretende adquirir, haciéndolos distintos unos de otros aunque terminen siendo del mismo género y especie.

Por ejemplo, si vamos a comprar llantas para los vehículos de una entidad pública, tendríamos que definir el rin que se necesita, el tipo de labrado, la adherencia, el ancho de la misma, así como el vehículo en el cual se las va a utilizar, sin dar una marca específica, y ya allí tenemos grandes diferencias en el presupuesto referencial, siendo un mismo producto, que en este caso son los neumáticos.

Así, el presupuesto referencial dentro de la contratación pública es el importe que permite a la institución realizar un efectivo y responsable gasto público, ya que depende de este el éxito o no del proceso de contratación; si se encuentra mal determinado

repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4155/1/T1481-MDE-Diaz-La%20determinacion.pdf última revisión 3 de abril de 2016.

23. Antonio Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar, *Manual de contratación pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 84.

24. Bertha Rosero, *Contratación estatal manual teórico práctico* (Bogotá: Ediciones de la U, 2011), 105.

25. Revisar la resolución INCOP-54-2011 donde se establecen las diferencias entre términos de referencia y especificaciones técnicas.

en demasía, provocaría que el Estado gaste más en la adquisición de lo que realmente necesita, y, por otro lado, si es en menos, puede provocar que los procedimientos se declaren desiertos, haciendo perder a las entidades públicas tiempo y recursos, a lo que se suma algo más importante y de fondo: que el retraso de las contrataciones terminan repercutiendo en el oportuno servicio que la entidad contratante debe brindar a sus usuarios, no cumpliendo así su razón de ser.

COMPONENTES DEL PRESUPUESTO REFERENCIAL

A continuación se establecerán ciertos lineamientos que pueden ser de gran ayuda para la administración pública, mas ahora con los inconvenientes de iliquidez, debido a la crisis económica que atraviesa el gobierno y los ecuatorianos.

No se dispone de manera formal de los componentes que se utilizan para determinar el presupuesto referencial, tampoco se encuentra reglamentado, incluso algunos funcionarios se escudan en esta falta de norma para determinar un presupuesto referencial poco adecuado. Como lo menciona Genaro Eguiguren, un elemento esencial para hacer adquisiciones inteligentes es la priorización:

Las necesidades públicas son insaciables, nunca se llenarán, ni se podrán llenar por ningún gobierno, sea este nacional, regional o local; de tal manera que tiene, necesariamente, que hacerse una priorización de aquellas necesidades que van a ser atendidas en aquel período para el que se planifica.

La determinación de esas prioridades es una actividad de altísimo contenido político, pues supone poner en la práctica el pensamiento político de quien hace esa determinación y que no es otra que la autoridad.²⁶

Esta capacidad de discernir, por un lado, lo importante e imprescindible, sin lo cual no se podría cumplir los objetivos institucionales, y, por otro lado, las compras que se pueden posponer o no realizarlas, permite elaborar una hoja de ruta con el objetivo de priorizar en función del ciudadano y no de compromisos políticos. Ya lo dijo Ernesto Matallana: “es contrario a la finalidad toda clase de motivaciones de carácter personal político o de cualquier otra condición que conduzca a desdibujar las muy claras razones que determinar la contratación del Estado”.²⁷

26. Genaro Eguiguren, “De la transparencia formal a la transparencia real”, en *Memorias del Seminario Internacional Responsabilidad y Transparencia en la Gestión Local* (Quito: Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, 2014), 31.

27. Matallana, *Manual de contratación de la administración pública*, 58.

Por otro lado, es necesaria la ubicación en el tiempo del presupuesto referencial. Existen contrataciones frecuentes, por lo que podemos obtener fácilmente un histórico de cuánto costó lo que deseamos adquirir en procesos similares anteriores, revisar si han variado cantidades o índices económicos que motiven el aumento o disminución del presupuesto referencial, así como la proyección para los casos de prestación de servicios de tracto sucesivo.

Se puede, incluso, revisar procedimientos de otras dependencias, pero no para repetirlos, sino para identificar cuáles fueron los errores y no cometerlos nuevamente. Lo primordial es examinar no únicamente como nació el procedimiento, sino conocer como culminó; revisar las preguntas, respuestas y aclaraciones en la fase precontractual, detectar cuáles fueron las quejas y reclamaciones de los oferentes que perdieron la adjudicación, qué se incluyó en los contratos complementarios, cuáles fueron las causas de retraso, qué provocaron las multas hacia el contratista; en otras palabras, revisar el desenlace de la historia con todos los inconvenientes suscitados en el curso del procedimiento y del contrato.

Así como es importante la ubicación en el tiempo en el momento de determinar el presupuesto referencial, es sustancial la ubicación en el espacio ya que no es lo mismo solicitar bienes o servicios desde capitales de provincia que de ciudades o poblados que están más alejados de los centros económicos y de producción; esto implica que se debe tomar en cuenta que para la entrega de los productos se incrementa un coste adicional en transporte y logística que podría encarecer más el objeto de contratación, ya que en el Catálogo Electrónico (CE) existe un rubro adicional cuando la entrega es en sitios rurales; en algunas ocasiones, la Entidad Contratante recoge la mercancía, siendo más beneficioso por el precio de traslado.

Otro componente importante que facilita determinar el presupuesto referencial es que el profesional que lo fija debe conocer lo que se va a obtener; por lo general son los mismos servidores que elaboran los términos de referencia los que establecen el presupuesto del proceso de contratación, y es coherente que así sea, ya que, al conocer los productos o servicios a adquirirse, es mucho más factible determinar anticipadamente el valor que se pagaría en la compra, por su relación cercana, producto de sus funciones cotidianas.

Por lo tanto, son clave los profesionales que determinan las especificaciones técnicas o términos de referencia, ya que es en ese momento de la contratación pública cuando se llega a definir la real necesidad de las entidades contratantes, es ese instante en que se sobredimensiona al objeto de la compra o se lo ajusta a la realidad, es el tiempo para colocar todos los componentes, u obviar algunos que en lo posterior provocan contratos que complementan estos errores u olvidos, es aquí donde se retiran o incluyen rubros que hacen más costoso o más asequible el valor a cancelar, es la etapa en que se pueden direccionar las contrataciones incluyendo requisitos que no todos

pueden cumplir, o hacer prevalecer el principio de concurrencia. Así mismo, es el espacio para generar o evitar posibles hechos de corrupción.²⁸

Avanzando en el estudio para el caso de bienes, otro componente sustancial y que no en muchas instituciones se lo aplica es: previo a colocar en el PAC la contratación de bienes de uso frecuente, se debería revisar el stock que se mantiene, así se evita que productos como los toners se caduquen, tengan que desecharse y ese recurso sea mal empleado; así, no se compraría dispositivos para equipos que han sido reemplazados o se encuentran descontinuados, provocando que las proveedurías se llenen de suministros inutilizables. En este sentido, son necesarios análisis reales, para no realizar adquisiciones con base únicamente en reportes históricos. Las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) permitirían también investigar y conocer los precios reales de ciertos bienes, compararlos y así poder sustentar de una manera más adecuada la fijación del presupuesto referencial.

Otro criterio respecto al denominado límite de los presupuestos referenciales es el que aporta Dromi: “el Estado interviene la economía en el ejercicio del poder de policía, tomando medidas de orden positivo –permisivo o negativo– prohibitivas [...] imponiendo precios máximos, los que en tal sentido pueden constituir un límite a los precios ofrecidos en el procedimiento licitatorio”.²⁹ ¿Qué lograría el Estado con esto? En primer lugar, se vería obligado a elaborar un estudio económico pormenorizado que arroje techos máximos de precio; y, por otro lado, provocaría un adecuado y efectivo gasto público, donde los proveedores se verían obligados a mejorar sus precios, fruto de contar con entidades contratantes prolijas al momento de fijar un monto previo a la contratación.

Por último, y siendo el componente más común para determinar el presupuesto referencial, se encuentran la solicitud de cotizaciones. Al no estar normada la determinación del presupuesto referencial, siendo una potestad discrecional de la entidad contratante, no se mantienen requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio o pasos previos para determinarlo. El profesional encargado de determinar el presupuesto referencial utiliza este recurso de solicitar proformas cuando generalmente es un producto que no se ha adquirido con anterioridad, y del cual no se mantiene un registro histórico.

La complicación no es cotizar. Lo que sí causa inconvenientes es únicamente optar por esta posibilidad,³⁰ conseguir propuestas económicas y sacar la media de los

28. Corrupción, institución que debe ser tratada en capítulo aparte, en otro artículo.

29. Roberto Dromi, *Licitación pública* (Buenos Aires: Hispania libros, 2010), 402.

30. Lamentablemente el funcionario público se ha interesado por solicitar cotizaciones para determinar un presupuesto referencial y pocos esfuerzos se han visto por sumar algún elemento adicional; este artículo tampoco resolverá la pregunta sobre cómo elaborar estudios económicos y de mercado, en primer lugar, porque este documento está hecho por un profesional del derecho y, segundo, porque para esto están los técnicos expertos en el

valores propuestos por los proveedores si es un problema en tanto y en cuanto encarece los bienes obras y servicios, incluso este comparativo de propuestas lo llegan a denominar estudio económico, cuando para que llegue a serlo hace falta, primero, tomar en cuenta todos los componentes del presupuesto referencial antes propuesto, y, segundo, entrar en un análisis unitario de precios reales que permitan evidenciar si están acorde a mercado.

Así, a manera de recuento, se puede decir que los componentes que se utilizan para establecer el presupuesto referencial son: priorización, determinación de cuándo y dónde se realiza el procedimiento de adquisición, procedimientos análogos en el portal de compras públicas, quién fija el presupuesto referencial, stock de los bienes existentes, especificaciones técnicas/términos de referencia, internet, techo de precios y cotizaciones.

Antes de dar paso a las conclusiones, es importante recalcar lo que este trabajo intenta dejar por sentado: el presupuesto referencial es un componente sustancial dentro de la contratación pública, más ahora cuando los recursos públicos en Ecuador se ven afectados provocando menos compras públicas, por tanto es importante una determinación adecuada del presupuesto dentro de los procedimientos de contratación, que permita a la Administración satisfacer las necesidades del ciudadano, evitando gastar más de lo necesario.

CONCLUSIONES

Este trabajo investigativo busca otorgar a los profesionales encargados de generar las necesidades y determinar presupuestos referenciales en la fase preparatoria, de los procedimientos de contratación, de herramientas que contrarresten la crisis económica que ya está afectando a la compra pública, permitiendo hacer más con menos, además de cuidar de una manera adecuada los recursos públicos.

Si bien es cierto, difieren los criterios y formas de comprar dependiendo el objeto de la contratación, lo que se intenta con este documento es fomentar que los funcionarios miren los procedimientos de contratación pública de una manera distinta, a desaprender lo aprendido y a experimentar con distintas alternativas, escenarios que pueden resultar beneficiosos económica y técnicamente para el Estado, obviamente

objeto de la contratación y materia financiera. Lo que sí me permito puntualizar es que, se requiere buen criterio para el adecuado uso de los recursos públicos, el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que los servidores públicos en sus funciones deben actuar como si lo haría en sus actividades particulares, en el negocio propio; por ello, es inminente que se hagan esfuerzos con el fin de pagar el precio justo, por bienes obras y servicios que necesita el Estado.

preservando que estas opciones cumplan de manera irrestricta el principio de legalidad en los procedimientos.

El tener presente que la ciudadanía es el fin último de las compras públicas permite que los objetivos que se instrumentalizan a través de los procedimientos de contratación pública se vuelvan tangibles; por ello, la determinación del presupuesto referencial se convierte en un elemento sustancial de aplicar el gasto público de una manera eficiente, mucho más cuidando cada centavo empleado en satisfacción de necesidades.

La falta de ingresos en el Presupuesto General del Estado implica menos asignación de recursos para compras públicas, desencadenando un impacto negativo en el mercado y, por ende, afectando también a los proveedores; la iliquidez por falta de pagos a tiempo puede también generar incumplimiento en los contratos, generándose un punto donde todos pueden salir perdiendo, incluso el Estado.

Finalmente, es necesario mencionar que la Contratación Pública, como parte del Derecho Administrativo, está en constante cambio e invención por el simple hecho de regular la relación entre la Administración y los administrados; por esa razón, la forma y el modo de hacer contratación pública a menudo debe ser revisada, sobre todo por parte de la Administración, a fin de que se adecuen a la realidad actual.

BIBLIOGRAFÍA

- Díaz, Juan Francisco. “La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Dromi, Roberto. *Licitación pública*. Buenos Aires: Hispania libros, 2010.
- Eguiguren, Genaro. “De la transparencia formal a la transparencia real”. En *Memorias del seminario internacional responsabilidad y transparencia en la gestión local*. Quito: Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, 2014.
- Jarach, Dino. *Finanzas públicas*. Buenos Aires: Cangallo, 1978.
- Matallana, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Pérez, Antonio, Daniel López y José Luis Aguilar. *Manual de contratación pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011. Edición electrónica.
- Rosero, Bertha. *Contratación estatal manual teórico practico*. Bogotá: Ediciones de la U, 2011.
- Santofimio, Jaime. *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Villegas, Héctor. *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

LEYES

Ecuador, Asamblea Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008. Última modificación el 13 de julio de 2011.

---. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial, Suplemento, No. 595, 12 de junio de 2002.

---. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento, No. 395, 4 de agosto de 2008.

Ecuador, Asamblea Nacional. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial, Suplemento, No. 306, 22 de junio de 2013.

Ecuador, Presidencia de la República. *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Decreto Ejecutivo 1700. Registro Oficial, Suplemento, No. 588, 12 de mayo de 2009. Última modificación el 20 de marzo de 2013.

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2016
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2016

Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano

*Inés María Baldeón Barriga**

RESUMEN

En la presente investigación analizo las asociaciones público privadas en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (LOIAPP) y de su Reglamento General de Aplicación. La investigación se divide en 4 capítulos, en los que señalo aspectos generales, características, marco jurídico y principios de las APP en el ámbito nacional y en el derecho comparado, los proyectos públicos posibles de ser desarrollados y los incentivos que se proponen. Se concluye sobre una posible falta de certeza y seguridad jurídica, ya que, a más de no tener una ley de APP, propiamente dicha, y de que el Reglamento General generaría más dudas que certezas, hay un marco jurídico que potencia un “estado empresario” con una participación privada residual, que podría hacer inviables los proyectos APP, por un mayor costo del dinero.

PALABRAS CLAVE: APP, Estado, ente delegante, gestor privado, proyectos públicos; Contratación Pública.

ABSTRACT

In this research I analyze the Public Private Partnerships (PPP) in Ecuador from the enactment of the Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (LOIAPP) and its General Regulations. The research was divided into 4 chapters, in which I pointed general aspects, main characteristics, legal framework and principles of PPPs at the national level and in comparative law. Also includes an analysis of possible public projects to be developed and proposed incentives. The article concludes by expressing concerns about a possible lack of legal certainty and security not only because at the moment in Ecuador doesn't exist an APP Law, and the actual General Regulation generate more doubts than certainties, but, there is a legal framework that promotes

* Directora general del grupo empresarial CEAS, y catedrática universitaria.

a “Entrepreneurial State” with a residual private participation, which could make unviable the PPP projects, because of the higher cost of money.

KEYWORDS: APPs, State, delegating body, private manager, public projects, public procurement.

FORO

INTRODUCCIÓN

ASPECTOS GENERALES Y JUSTIFICATIVOS

Para una correcta inversión pública, sea de carácter económico, social o gubernamental, se requiere que los proyectos correspondientes se analicen y evalúen, para determinar: su pertinencia socioeconómica, su prioridad y la modalidad de ejecución más eficiente; todo ello orientado a beneficiar a la sociedad en la asignación eficiente de recursos y en el logro de su desarrollo integral y a largo plazo.

En consecuencia, la mejora y el fortalecimiento de la infraestructura pública, considerada como riqueza acumulada para la inversión de capital, es uno de los requerimientos básicos y urgentes para el desarrollo de América Latina, y por ello también de Ecuador, entre otros, por los siguientes motivos: una insuficiencia crónica de recursos públicos, agravada en épocas de crisis; y una contracción de la economía por factores internos y externos; el crecimiento de las ciudades;¹ la competencia global de las economías; la necesidad creciente de fuentes de empleo formal; el reto de superar la pobreza y la desigualdad de oportunidades; la relación positiva entre la disponibilidad de cierta infraestructura (telecomunicaciones, energía, caminos y acceso a agua potable) y el crecimiento del PIB per cápita; y el efecto positivo de la infraestructura pública en la inversión privada, entre otros.²

1. Miguel Bratos M., *La colaboración público-privada para la revitalización socioeconómica de las ciudades: ¿un modelo de futuro?* (Valladolid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2011).
2. Martínez Daniel Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*, Tecnológico de Monterrey, curso edición noviembre 2015 a abril 2016.

DIFERENCIA ENTRE CONTRATACIÓN PÚBLICA “TRADICIONAL” Y LAS APP

Todo lo expuesto en el apartado anterior implica analizar diferentes mecanismos considerados en general como instrumentos de política pública, tales como la Contratación Pública “tradicional” que satisface la necesidad de obras, bienes y servicios requeridos por el Estado y generalmente financiados con recursos públicos; pero existe otro tipo instrumental que forma parte de la Contratación Pública, que es considerado “no tradicional” y en el cual están incluidas las asociaciones público privadas (APP) que permiten la intervención y participación de la gestión privada y dentro de ella del financiamiento total o parcial de los proyectos con recursos privados.³

Para diferenciar la Contratación Pública “tradicional” de la “no tradicional” (APP), se presenta el siguiente cuadro que marca la diferencia de la una con la otra:

Modalidad tradicional PASA DE:	Modalidad APP A:
Contratista	Socio
Obras físicas	Servicios públicos
Inversión	Inversión, operación, mantenimiento
Outputs (actividades orientadas a producir un resultado)	Outcomes (resultados y el impacto producido)

Sin embargo, sin importar si se trata de un esquema “tradicional” o de una APP, esta última siendo parte en general de la Contratación Pública, debe observar sus principios rectores: transparencia, legalidad, trato justo, libre concurrencia, entre los más destacados, porque en cualquier caso se trata del manejo de recursos públicos, o por cuanto, aunque se utilicen recursos dados por el gestor privado, estos finalmente terminarán siendo pagados por los usuarios finales sea a través de cuotas o tarifas, o de los mismos recursos fiscales, verificando la disponibilidad y el uso de los servicios.⁴

Así mismo, no se podría optar por una modalidad APP, en detrimento de una modalidad “tradicional” si lo único que se busca es financiamiento para la ejecución de

-
3. Bernardino Benito, “Evaluación de los sistemas alternativos público privados para la financiación de infraestructuras”, *Ekonomiaz*, No. 63 (2006): 14-37.
 4. Carolina Blasco D., “Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público privada en la financiación de obras y servicios públicos en España”, *Pecunia*, No. 8, Universidad de Burgos (2009): 17-70.

los proyectos de infraestructura física; porque tratándose de dicha necesidad, en lugar de una APP, debería optarse por una contratación pública tradicional, donde entre los requisitos a prever en el pliego se incluya la necesidad de valorar la oferta de financiamiento por parte del contratista; señalándose además que si solo se requiriese la ejecución de una obra física tampoco se estaría hablando de una modalidad APP, ya que esta, como se verá más adelante, conlleva un pago final por la operación y mantenimiento de una infraestructura operada y mantenida por el gestor privado, es decir, se paga en definitiva por un “empaquetado”, cuyo producto final es el servicio prestado que se paga, en verificación de su disponibilidad y uso. También hay que considerar que los modelos de estructuración de APP conllevan costos importantes, por lo cual se sugiere que estos conlleven montos de ejecución relevantes (los especialistas técnicos financieros sugieren que sean de al menos 20 millones de dólares) y generalmente períodos de ejecución de largo plazo.⁵

DIFERENCIA ENTRE PRIVATIZACIÓN Y APP

Obvio está que tanto en la APP como en una privatización hay la confluencia de dos partes, una pública y otra privada; sin embargo, se tratan de esquemas distintos; pues en el caso de la propiedad de los activos públicos, en un esquema privatizador, estos se transfieren al sector privado; mientras que, en un modelo APP, se da una relación contractual continua entre el público y el privado, en la que el activo podría ser de propiedad privada y permanecer como tal o no una vez concluido el plazo contractual.

Así mismo, en cuanto a la responsabilidad y rendición de cuentas, en el caso de la APP se mantiene en última instancia en el sector público, mientras que en un modelo privatizador la responsabilidad se transfiere al sector privado (por ser propietario de un bien ahora de dominio privado y prestador de un servicio) independientemente de las facultades normativas y reguladoras que la ley en la materia reserve al Estado.⁶

5. Luis Míguez M., “Las formas de colaboración público privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, No. 175, Madrid (2008): 157-215.

6. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS DE LAS APP

CONCEPTO

La APP como tal es el término genérico, teniendo a la concesión como una de las modalidades específicas y como principal antecedente.⁷

La APP adopta diferentes nombres, tipos y modalidades,⁸ pero en general la doctrina⁹ la considera como una alternativa para la provisión (diseño, construcción, operación y mantenimiento) y el financiamiento de infraestructuras públicas.¹⁰ El artículo 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera¹¹ del Ecuador señala que la APP es una modalidad de gestión delegada, a través de la cual el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado que ejecute un proyecto específico y otorgue financiamiento total o parcial en la provisión de bienes, obras o servicios, a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo.

La APP, en general, es entonces aquella en la que el ente privado se compromete con el ente público contratante¹² a: 1. Diseñar, construir, ampliar y/o rehabilitar una infraestructura pública, incluido su equipamiento; 2. Operar dicha infraestructura (el activo), incluidos su mantenimiento y conservación;¹³ 3. Asumir buena parte de los riesgos financieros y técnicos, tanto en la etapa de construcción como de operación; 4. Recibir un retorno sobre su inversión a través de pagos a lo largo de la vida del contrato, con base en los ingresos del proyecto, provenientes ya sea de cuotas o tarifas a los usuarios, de pagos del ente público contratante por la disponibilidad y/o uso de la infraestructura y sus servicios inherentes, o de una combinación de dichas fuentes de

-
7. Carlos Prados, “La articulación del concepto de ‘colaboración’ desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 142 (2009): 251-288.
 8. En México a las APP se las conoce como Proyectos de Prestación de Servicios (PPS) y como Concesiones; y, en el Reino Unido, como Iniciativa de Financiamiento Privado (Private Finance Initiative).
 9. Tamyko Ysa, “La gestión de partenariados público privados: tipologías y retos de futuro”, en *La colaboración público-privada y la creación de valor público* (s. l.: Diputación de Barcelona, 2009).
 10. Aunque algunos especialistas consideran que la APP puede ser un mecanismo de provisión y financiamiento, o solo de provisión sin que haga falta el financiamiento, sin embargo la legislación ecuatoriana considera que para que haya una estructura APP el gestor privado siempre debe dar financiamiento, sea este, total o parcial.
 11. Expedida el 18 de diciembre de 2015 con *R.O. Suplemento*, No. 652.
 12. José A. Moreno Molina, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”, *Revista TCEMG*, vol. 33, No. 4 (2015): 17-34.
 13. Marisol Esteban G. “La Colaboración Público Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional”, *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).

ingresos; y 5. Revertir o transferir el activo, según el caso, al ente público contratante al vencimiento del plazo del contrato.¹⁴

Es decir, la APP es esencialmente una forma de contratación a largo plazo de *servicios públicos “en paquete”*, en donde no se paga por la obra en sí, sino por la disponibilidad y/o uso del servicio inherente a la operación de dicha obra por un plazo determinado, conforme a los precios y estándares de calidad establecidos contractualmente; de ahí que, en la APP, el ente público transfiera al ente privado los riesgos inherentes a todo el proceso de construcción y provisión de un servicio, porque estos pueden ser manejados de manera más eficiente.¹⁵

CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS

Las características diferenciadoras de una APP¹⁶ podrían resumirse en las siguientes: Relación de larga duración: 1. Reparto de funciones y responsabilidades. El privado financia total o parcialmente el proyecto y opera la infraestructura. El público garantiza sobre todo estabilidad jurídica; 2. Adecuada distribución de riesgos; 3. Valor por dinero. Ganancia para las partes: Para el sector público: menor costo (por la eficiencia, experiencia, especialización, e innovación que aporta el sector privado) y la posibilidad de potenciar en el corto plazo el impacto en inversión pública de recursos públicos escasos; y para el sector privado: emprender e invertir.¹⁷

Ingresos de un proyecto.¹⁸ A más de lo señalado en el acápite precedente, hay que indicar que los ingresos del proyecto durante la etapa de operación, pueden provenir de: 1. Pagos por disponibilidad y/o uso del servicio que realice el gobierno, por conducto del ente público contratante, con cargo al presupuesto fiscal; 2. Cuotas o tarifas a los usuarios (ingresos propios del proyecto); 3. Por la combinación de ambas fuentes de ingresos.

14. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

15. Carmen Chinchilla M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 132 (2006): 609-644.

16. Según el Libro Verde sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004).

17. Estibalitz Moreno, “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, No. 4 (2012).

18. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

De lo dicho se desprende que, en la ejecución de proyectos, pueden existir proyectos tarifables y no tarifables, que se diferencian y definen así por la naturaleza de la infraestructura, el marco jurídico aplicable y las decisiones de política pública conforme al siguiente detalle:

- Proyectos tarifables: En la operación generan ingresos por cuotas o tarifas a usuarios. Pueden ser: *Autofinanciables*: el 100% de los ingresos durante la operación, provienen de cuotas o tarifas a los usuarios y son suficientes para pagar la operación y la amortización de capitales y deudas invertidos; y *No autofinanciables*: las cuotas o tarifas son insuficientes; por lo que el ente público contratante complementará dichos ingresos.
- Proyectos no tarifables: En la etapa de operación no generan ingresos por cuotas o tarifas; por lo que el 100% del ingresos por los servicios prestados provienen de pagos que realiza el ente público contratante, ligados a: disponibilidad y/o uso (demanda) así como a la calidad de los servicios efectivamente prestados por el ente privado.

PRINCIPIOS RECTORES

Independientemente de los principios que se consagran en el artículo 3 de la LOIAPP y en consideración general del Derecho Comparado, es preciso señalar que los principios rectores que diferencian a una APP de una contratación pública tradicional son los siguientes:

Reparto de funciones y responsabilidades

En la Contratación Pública tradicional, los riesgos y responsabilidades quedan en manos del sector público. En la APP hay que realizar una adecuada repartición o compartición de los mismos. La compartición no significa, sin embargo, que el ente público pueda transferir todas las actividades, riesgos y responsabilidades al ente privado; ni que este último esté dispuesto a asumir todo ello. Incluso hay facultades y deberes directos establecidos por la Constitución y leyes que no pueden modificarse por arreglos contractuales.¹⁹

19. Estibalitz Moreno, “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”.

Asignación de riesgos

Riesgo es la posibilidad de que un hecho suceda y que, de suceder, genere un daño o impacto negativo que afecta en última instancia los costos e ingresos del proyecto.

Los principales riesgos que en el caso que nos ocupa se podrían analizar serían los siguientes: cambios políticos que afecten la legislación aplicable al proyecto; cambios en las cargas tributarias; alza extraordinaria en los precios de los principales insumos del proyecto incluidos salarios; retrasos en los tiempos de construcción programados; fenómenos naturales; cambios significativos en la demanda proyectada del servicio, en el precio de la moneda (tipo de cambio) y en el precio del dinero (tasa de interés); entre otros.

Los riesgos de un proyecto deben: 1. Identificarse, 2. Estimar la probabilidad de que sucedan; 3. Cuantificar su impacto en el plan financiero de todas las fases del proyecto; y 4. Distribuirse entre el ente público y el privado; señalándose que idealmente los riesgos deben asumirse por aquellos que los puedan manejar mejor, es decir, de manera más eficiente.²⁰

Generalmente los riesgos financieros, así como aquellos vinculados con los procesos de construcción y operación, son manejados de mejor forma por el ente privado por su mayor experiencia y capacidad tecnológica, de innovación, de gestión, etc. Mientras que el ente público por su parte retendrá los riesgos que el inversionista desarrollador no está dispuesto a asumir o bien aquellos que por su naturaleza e implicaciones jurídicas, debe manejarlos el propio sector público.

En definitiva, la determinación de riesgos a compartir debe constituir un escenario de “ganar-ganar”, para que el proyecto de APP sea viable y conveniente para las dos partes.

MARCO JURÍDICO

ASPECTOS GENERALES

Aspectos generales de Derecho comparado

Las APP, sin embargo de su desarrollo casi incipiente en Ecuador, no son nuevas en el derecho comparado. De hecho, desde mediados de 1950 comienzan a aparecer

20. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

sobre todo en España²¹ y Francia²² que son los países precursores; sin dejar de mencionar a Reino Unido como un país de referencia y estudio obligado por la Iniciativa de Financiamiento Privado (Private Finance Initiative); que es un cierto tipo de APP que contempla contrataciones de largo plazo de servicios públicos con pagos diferidos por disponibilidad y/o uso.

En América, en cambio, comienza a propagarse la APP en su modalidad de concesión, a finales de los años de 1980 e inicios de los de 1990, siendo México el primer país en desarrollar la concesión de carreteras. En Chile en 1991 se aprueba la Ley de Concesiones (carreteras y aeropuertos, infraestructura para justicia, edificación pública autopistas urbanas) y en 1996 se expide su Ley de APP. La mayoría de legislaciones sobre APP fue expedida entre 2008 y 2012 (México y Colombia cuentan con dichas legislaciones en 2012).

La modalidad “británica” de Iniciativa de Financiamiento Privado, que incluye la provisión de servicios públicos de largo plazo con pagos diferidos por disponibilidad y uso, sirvió de base para países como Canadá, Japón, Australia, Sudáfrica, Irlanda, Portugal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, República Checa, España, Francia; y, en diferente medida, también para México, Brasil, Colombia, Perú, Guatemala y Panamá, estos dos últimos países tomando también el modelo chileno de concesiones, que, dicho sea de paso, es antecedente obligado de estudio en la temática que estamos tratando, particularmente en países como Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Colombia y Uruguay; pero de alguna manera con un alcance que va más allá del término “Concesión”, ya que en algunos casos se usa el término “APP” para reflejar que se aplica en sectores de infraestructura social y en sectores donde es el propio gobierno el que “compra” (paga), mediante contratos a largo plazo, los servicios públicos inherentes a una infraestructura.

El modelo concesional chileno toma como referencia la vinculación de las concesiones con el mercado de capitales, mediante la adquisición de bonos de infraestructura por parte de fondos de pensiones privados y compañías de seguros de vida así como el cobro de peaje en autopistas urbanas.²³

21. Moreno Molina, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”.

22. Francois Bergère, *Le Partertiat Public-Privé en France, Presupuesto y Gasto Público* (s. l.: Instituto de Estudios Fiscales, 2007).

23. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

Marco jurídico en Ecuador

Desde el 18 de diciembre de 2015 está vigente en Ecuador la LOIAPP, cuyo objeto, según el artículo 1, es: 1. Establecer incentivos para que se ejecuten proyectos bajo la modalidad de APP; 2. Señalar los lineamientos e institucionalidad para que se apliquen dichos proyectos e incentivos; y 3. Establecer incentivos específicos para promover el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.

De la revisión del objeto legal antes indicado, estaría claro que la Ley expedida no es en sí misma una de APP propiamente dicha, ni por su denominación ni por el contenido de su articulado, sino que está orientada a incluir incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP; por lo que –para efectos del análisis propuesto en este trabajo–, habría que revisarse algunos cuerpos normativos de referencia, partiendo de la misma Constitución de la República.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en observancia del orden jerárquico establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República, tendríamos un esquema en el análisis de la temática planteada, constituido de la siguiente manera:

1. La Constitución de la República del Ecuador,²⁴ a través particularmente del análisis de los artículos 313, 314, 315 y 316.
2. Varias leyes, entre las cuales, destacarían las siguientes:
 - La Ley Orgánica de Incentivos para APP y la Inversión Extranjera (LOIAPP).²⁵
 - El Código Orgánico de la Producción (COPCI),²⁶ a través del análisis del artículo 100.
 - La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)²⁷ en el análisis de los artículos 34, 35 y 36.
 - La Ley de Compañías²⁸ en cuanto a que el artículo 308 que se refiere a las compañías de economía mixta.
 - El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)²⁹ en su Título V denominado “Descentralización y Sis-

24. Publicada en el *R.O.* 449, 20 de octubre de 2008, cuya última reforma se produjo el 21 de diciembre de 2015.

25. Cuyos datos de expedición ya fueron dados de forma previa en este artículo.

26. Publicado en el *R.O.S.* 351, 29 de diciembre de 2010, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015 justo a propósito de la expedición de la LOIAPP.

27. Publicada en el *R.O.S.* No. 48, 16 de octubre de 2009, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015 justo a propósito de la expedición de la LOAIAPP.

28. Publicada en el *R.O.* 312, 5 de noviembre de 1999, con una última reforma de 12 de septiembre de 2014.

29. Publicado en el *R.O.S.* 303, 19 de octubre de 2010.

tema Nacional de Competencias”, Capítulo IV titulado “Del Ejercicio de las Competencias Constitucionales”, el que a partir del artículo 129 incluye la normativa respecto a temas vinculados con delegación por parte de los gobiernos autónomos descentralizados.

- La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos,³⁰ que en el artículo 1, letra c), incluye la prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada, entre otras modalidades, mediante la delegación de servicios.
- Leyes sectoriales, como la Ley de Recursos Hídricos, Telecomunicaciones, etc.

3. Reglamentos y Decretos Ejecutivos:

- El Decreto Ejecutivo No. 582³¹ que contiene el “Régimen de Colaboración Público Privada”, cuyo artículo 1 señala el objeto al que se refiere, indicando que existe la posibilidad de proponer Iniciativas por parte del sector público y privado, en este último caso, sea previa invitación del Promotor Público o por decisión propia, de cualquier persona jurídica o un conjunto de ellas; normativa que incluye un procedimiento de régimen competitivo conocido como “Swiss Challenge”.³²
- El Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.³³
- El Reglamento General a La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos,³⁴ que tiene relación con la temática

30. Esta ley fue publicada en el *R.O.* No. 349 de 31 de diciembre de 1993, por lo que entró en vigencia y en concordancia con el anterior marco constitucional, es decir de la Constitución de 1998; y que, en consecuencia incluye, en su ámbito, actividades de desmonopolización y privatización, que en dicha lógica, ideológicamente el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado ha mencionado a este cuerpo legal dentro de las normas de la denominada “larga noche neoliberal”; sin embargo de lo cual, hasta la fecha no ha sido derogada, y, más bien reconociendo su vigencia, el 12 de septiembre de 2014 (ya en el Gobierno actual) se publicó el *R.O.S.* 332 en el que consta el Código Orgánico Monetario y Financiero, con el que se eliminó el artículo 39 de la Ley de Modernización del Estado, manteniéndose vigente el resto del texto.

31. Publicado en el *R.O.* 453 de 6 de marzo de 2015.

32. José M. Gimeno F., “Reflexiones en torno al procedimiento de Diálogo Competitivo. Fundamento y Perspectiva”, Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Hacia una contratación pública eficiente”, REF. DER2012-39003-CQ2-01, Madrid, 2012.

33. Expedido con Decreto Ejecutivo No. 1040 de 23 de mayo de 2016 que contiene 22 artículos, uno de los cuales (art. 3) por el Informe a la Nación dado por el Presidente de la República el 24 de mayo de 2016 no tendría vigencia en la práctica, dada la decisión de eliminar la Secretaría Técnica de APPS.

34. Expedido por DEJ. 2328 en el *R.O.S.* 581 de 2 de diciembre de 1994.

que estamos tratando; y, que fue objeto de varias reformas, dos de ellas producidas en el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado.³⁵

Análisis constitucional

El artículo 283 de la Constitución de la República de 2008 incluye un cambio sustancial respecto a la Constitución de 1998 al señalar que nuestro sistema económico es social y solidario.

El orden de enunciación constitucional de las formas de organización económica que consagra el mismo artículo 283 y que es distinto al orden enunciado en la Constitución Política de 1998 en mi criterio no es casual, sino que responde a un modelo ideológico político claro,³⁶ que está vigente, relativo a que la Constitución tiene una orientación fuerte hacia un modelo de fortalecimiento o incluso predominio de lo público sobre lo privado que participaría solo de manera residual, ya que todo el modelo constitucional refleja un criterio de “Estado Empresario” que no daría cabida, sino solo por excepción al sector privado, pues lo público parecería considerarse suficiente para poder cumplir los objetivos de la política pública.

Respecto a lo señalado, el artículo 313 de la Constitución expedida en 2008 dispone que el Estado se *reserva* el derecho de *administrar, regular, controlar y gestionar* los sectores estratégicos, siendo estos aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental; mientras que el artículo 314 Constitucional establece no como reserva sino como *responsabilidad* del Estado la provisión de los servicios públicos de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley, en este último caso, entonces, señalando que existirían otros servicios públicos que serán tales si así son determinados mediante ley.

La facultad constitucional de reserva en mención fue de tal magnitud que generó una confusión grande respecto a su alcance, por lo que tuvo que recurrirse a la Corte Constitucional para que dicho organismo interpretara el alcance constitucional, la que

35. En efecto, el Título III “Delegación al sector privado” fue derogado por DEJ. No. 810, publicado en *R.O.* 494 de 19 de julio de 2011, con el que se expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte; así como se agregó un capítulo titulado: “De la eficiencia de los procedimientos administrativos relacionados con el acceso a la vivienda” por artículo 2 de DEJ. No. 661, publicado en *R.O.S.* 505 de 21 de mayo de 2015.

36. Al respecto hice un análisis extenso que sugiero revisar en el libro de mi autoría titulado: *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 47 y s.

a través de la sentencia expedida³⁷ distinguió y diferenció la gestión propiamente dicha de la administración, regulación y control por el Estado. Del criterio de la Corte Constitucional se dejó en claro que:

- a) La administración, regulación y control de los sectores estratégicos se queda en manos del Estado, por lo que no es susceptible de delegación. En consecuencia, la capacidad regulatoria y de control está exclusivamente en el Estado, a quien le corresponde emitir normas jurídicas (autotutela) así como el ejercicio de actividades de supervisión y control (potestad sancionatoria); pero no solo en los sectores estratégicos sino en toda la actividad administrativa.
- b) La gestión puede ser ejercida conforme se señala a continuación:

1. De forma directa: como “reserva de derecho”, implica que el Estado asume, como un derecho prioritario y preferente, la responsabilidad de su prestación a través de las empresas públicas, tanto la gestión de los sectores estratégicos como, por así disponerlo el artículo 315 de la Constitución, la prestación de servicios públicos; sin que las empresas públicas tengan capacidad para delegar la prestación del servicio público o la gestión del sector estratégico.

2. Por *delegación*:

- Primera forma de gestión delegada, o, como lo señala la Corte Constitucional, de manera secundaria, el Estado (no las empresas públicas como tales) puede delegar la participación en la gestión de los sectores estratégicos y en la prestación de los servicios públicos a las empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria.

Para esta primera forma de delegación no se requiere de calificación previa; las empresas públicas tienen facultad de constituir directamente empresas mixtas (subsidiarias).

- Solo de manera *excepcional* existe una segunda forma de delegación, a favor de la iniciativa privada y de los actores de economía popular y solidaria de la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando haya calificación realizada conforme la Ley (reserva legal).

Las empresas públicas no tendrían capacidad jurídica para decidir la delegación de la gestión o de la prestación de servicios públicos, asunto que es un derecho que se reserva el Estado a través de los organismos de regulación respectivos. Ej. ARCOTEL para actividades de telecomuni-

37. Resolución de la Corte Constitucional No. 1, publicada en *Registro Oficial, Suplemento*, 629, 30 de enero de 2012.

caciones; ARCONEL para energía eléctrica; SENAGUA para el sector agua.

En mi criterio, el modelo económico constitucional antes indicado, no tuvo mayor problema cuando existieron por muchos años condiciones de estabilidad y crecimiento económico que combinaron varias medidas de política económica que se fortalecieron también por los altos precios del barril de petróleo; y que llevaron a muchos incluso a referirse a la economía de nuestro país como el “milagro ecuatoriano”. Sin embargo, cuando las circunstancias económicas cambiaron, producidas entre otros motivos por la caída estrepitosa del precio del barril de petróleo, la apreciación del dólar, una estructura estatal pesada, la contracción y encarecimiento del crédito, el incremento del desempleo y subempleo, y ahora por último el terremoto que afectó al país en abril de 2016, entre otros motivos, que afectan directa y negativamente la economía del país, el “milagro” parecería comenzar a “esfumarse” y sería entonces cuando se intenta buscar la participación privada, pero tal vez confundiéndonlo con la búsqueda exclusivamente de financiamiento.

En esta lógica se inscribe inicialmente el Decreto Ejecutivo No. 582, que contiene el “Régimen de Colaboración Público Privada”, cuando las circunstancias económicas comenzaron a complejizarse, pero que se profundizaron a finales de 2015 con la caída estrepitosa de los precios del petróleo (que afectaron en gran medida la ejecución presupuestaria del año fiscal, pues se tenía previsto contar un barril de petróleo de 80 dólares o más y este terminó vendiéndose a menos de 30 dólares), las salvaguardas arancelarias, la apreciación del dólar, una situación económica mundial en general compleja con la desaceleración de potencias como China, embates posibles de la naturaleza, entre otros aspectos, lo cual motivó a que, incluso en contra de muchos criterios ideológicos de algunos miembros del partido político gobernante, se haya expedido casi al finalizar el año 2015 la LOIAPP, que se entendió como una demostración de alguna manera de llamado urgente al sector privado, a contar con su gestión y con sus recursos, aunque, como se ha reflexionado ya en líneas precedentes, no es una Ley de APP propiamente dicha y es más bien una de carácter marco.³⁸

38. Esta tendencia ha sido una característica legislativa general observada en el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado, que se justifica desde la lógica de incluir en los cuerpos legales principios y marcos rectores; para que, a través de los correspondientes reglamentos y sobre todo de la normativa secundaria, se vayan consolidando las estructuras creadas. Así se actuó con respecto a leyes tales como la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Orgánica de Telecomunicaciones, entre otras.

Comparto este criterio de técnica legislativa en la medida en que, al tratarse de esquemas nuevos y dinámicos, estos deberían gozar de flexibilidad para su desarrollo, la cual no necesariamente se logra con leyes “procedimentales” que implicarían que cualquier reforma deba ser aprobada por la Asamblea Nacional, sino que, a través de cuerpos normativos más flexibles y oportunos, se puedan ir adecuando las estructuras creadas a la casuística que se vaya produciendo, como es el caso de los reglamentos que expide constitucionalmente el Presidente de

La misma lógica “marco” sigue el recientemente expedido Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para las APP y la Inversión Extranjera, que en apenas 22 artículos (uno de los cuales no tiene vigencia práctica por tratarse de una institución suprimida) esboza, sin llegar a precisiones, algunos aspectos adicionales como indicar en su artículo 16 que el valor total acumulado de las obligaciones de carácter firme y contingentes (deuda comprometida para proyectos APP) o sea superior al 5% del valor nominal del PIB estimado por el Banco Central del Ecuador, aunque a la vez le permite al Comité Interinstitucional que aprueba proyectos APP, para que pueda revisar ese límite, previo criterio del Ministerio de Finanzas.

De una revisión general del cuerpo reglamentario en cuestión, causa cierta preocupación el ver que al referirse a la estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada, el artículo 10 del Reglamento en mención disponga que dicha garantía no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria, ni tampoco que en dicha estabilidad se incluya la materia tributaria; lo cual puede conllevar que, al elevarse el riesgo por dicho motivo, los proyectos se hagan inviables o muy costosos.

También preocupa el contenido del artículo 12 del mismo cuerpo reglamentario, porque parecería ser, por la redacción de dicha norma, que se pretende que todos los gestores privados de APP sean empresas de nacionalidad ecuatoriana, lo cual podría entenderse desde la lógica del control tributario de los proyectos, pero que en la práctica podría conllevar una dificultad inicial porque no creo que existan empresas nacionales que tengan experiencia y/o solvencia financiera para participar en los procesos concursivos; por lo que se requerirá aclarar, a través de alguna norma, que pueden participar las empresas extranjeras y que solo una vez que puedan ser adjudicadas con un proyecto deban constituir la empresa ecuatoriana (subsidiaria o filial de la matriz), que deberá tener, por disposición de la norma reglamentaria indicada, propósito específico.

En general la definición de “gestor privado” deja mucho que desear porque, a más de lo ya indicado, en el artículo 4 del Reglamento en cuestión se señala como requisito esencial y mínimo que en el Proyecto APP y en el contrato se señale al “gestor privado claramente identificado”. Es obvio que en el proyecto APP que se va a concursar aún no puede identificarse porque recién se lo va a buscar; por lo que tampoco podría entenderse cómo, en ese proyecto inicial, se deba incluir un “esquema de obligaciones bilaterales a largo plazo”. Ello se podría entender solo si se quisiera explicar que, al referirse al “proyecto APP”, el Reglamento está considerando al proyecto de ejecu-

la República, o, en general, a través de normas secundarias que expide el órgano rector de la institucionalidad creada; pero dicho esquema legislativo exige, sin lugar a dudas, que la ley “marco” en su caso o el reglamento sean lo suficientemente claros y precisos y no contraríen normas constitucionales ni legales.

ción una vez adjudicado el contrato, y no al “proyecto APP” que se lo diseña para iniciar el concurso de selección del gestor privado.

Tampoco se incluye norma alguna que establezca el procedimiento para la aprobación de proyectos por parte del Comité Interinstitucional, dejando a que sea este el que para el efecto emita “una resolución de carácter general” (art. 6); y tampoco se inserta norma alguna sobre el procedimiento en sí que se debe realizar para efectuar el concurso público de selección del socio privado; por lo que entendería que en dicho caso, se aplicará la frase contenida en el artículo 1 del Reglamento analizado, que dispone que “los temas que no cubra este Reglamento se complementarán con las resoluciones que emanen del Comité Interinstitucional”.³⁹

Lo que más preocupa, como corolario del análisis jurídico precedente, es que, en mi criterio, los últimos 9 años, a partir de la propia Constitución de la República, se estructuró un andamiaje jurídico que potenciaría y privilegiaría lo público en desmedro del privado, en el que todas las normas constitucionales y legales estarían hechas de tal manera que el sector privado es subsidiario, porque se habría estructurado una línea de pensamiento de un Estado “omnipotente y omnipresente”, criterio que puede sin duda ser respetado, pero que en momentos como los que vive el país podría resultar complejo para lograr una adecuada, oportuna y necesaria inversión privada nacional y extranjera.

Sin embargo, de lo dicho en el párrafo precedente, no se pretende desconocer que fue necesario “retomar el control del Estado” porque hace 10 años atrás teníamos una realidad en la cual lo “público” no necesariamente tenía el rol que le correspondía y hacía falta entonces un “reacomodo” de fuerzas y posiciones, reduciendo asimetrías, generando criterios de planificación y control, mejorando los esquemas generales del país en los que se privilegie el fortalecimiento de la infraestructura social; pero, una vez resaltado lo positivo de muchos aspectos recorridos en el camino, creería que sería el momento de dar mensajes claros y contundentes de reglas de juego que transmitan confianza y, sobre todo, certeza y seguridad jurídica e institucional, necesarias para hacer viables los proyectos a ser ejecutados para consolidar el desarrollo del país, en esta caso, necesariamente a través de la ayuda e intervención de la gestión privada.

39. Sin perjuicio de mi anterior comentario, en el caso del Reglamento, creo que hubiese sido mejor no dejarlo “tan marco”, porque, aunque es entendible la lógica de expedición de normativa secundaria por parte del Comité Interinstitucional, según el avance y experiencia que se adquiriera al respecto, hay criterios y conceptos básicos sobre todo en relación al procedimiento de selección del gestor privado que parecería mejor hubiesen tenido el carácter de norma reglamentaria, por temas de seguridad y estabilidad jurídica.

PROYECTOS E INCENTIVOS OBJETO DE LA LOIAPP

Proyectos

Del análisis expuesto en el acápite anterior y de la revisión de las normas constitucionales y legales invocadas, podríamos concluir que se podrán constituir APP y someterse a la LOIAPP los siguientes:

1. Para la gestión de los sectores estratégicos, de forma excepcional a través de la delegación dada a la iniciativa privada, exclusivamente tratándose de nuevos proyectos hidroeléctricos y de energías alternativas, siempre que se cumplan las disposiciones constitucionales y lo dispuesto en el artículo 100 del COPCI.
2. Para la prestación de servicios públicos, solo de forma excepcional, a través de la delegación dada a la iniciativa privada, siempre que se cumplan las disposiciones constitucionales y lo dispuesto en el artículo 100 del COPCI.
3. Para la ejecución de los proyectos públicos constituidos por: 1. servicios de interés general (a los que la doctrina y el derecho comparado los denomina servicios públicos impropios); y 2. por proyectos calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional previsto en la LOIAPP y que, de acuerdo al artículo 14 de la referida Ley, serían los siguientes tipos:

No.	Proyectos públicos
1. 14.1 14.2 14.3 14.4	Prestación de servicios de interés general: Tipos: La construcción (Greenfiel Project), equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura nueva (COT por sus siglas en inglés). La rehabilitación (Brownfiel proyect), equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura existente (TCOT por sus siglas en inglés). El equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura existente. La operación y mantenimiento de infraestructura existente.
2. 14.5 14.6 14.7	La ejecución de proyectos prioritarios calificados así por el Comité Interinstitucional: Tipos: La ejecución de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano. El desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo. Otras calificadas como prioritarias.

Proyectos no sujetos a la LOIAPP

Los proyectos que no estén comprendidos en los números 1, 2 y 3 precedentes del apartado “Proyectos”, no se sujetarán a la LOIAPP; y, en consecuencia, no gozarán de los incentivos ahí previstos, así se tratasen de modalidades de delegación a privados, incluidas APP distintas, como por ejemplo concesiones, las cuales, dependiendo de su naturaleza o contenido o incluso de quien sea la entidad delegante, se realizarán en observancia y sujeción sea de las leyes sectoriales correspondientes, de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento General o del mismo Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD) (en tratándose de que los entes delegantes sean gobiernos autónomos descentralizados que no quieran sujetarse al esquema normativo de la LOIAPP), que en dicha lógica no entrarán a la aprobación del Comité Interinstitucional previsto en la LOIAPP ni gozarán de los incentivos ahí incluidos.

Incentivos

Los proyectos de APP que estén comprendidos en los puntos 1, 2 y 3 del apartado “Proyectos” precedente gozarán de los incentivos previstos en la referida Ley, que son de diferente naturaleza y alcance pero que en general se tratan de exenciones al: 1. Impuesto a la renta de las sociedades APP, por el lapso de 10 años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales, de conformidad con el Plan Económico Financiero; 2. Impuesto a la salida de divisas; 3. Tributos al comercio exterior (pago de aranceles); y 4. Otros beneficios previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno: impuesto a la renta de los dividendos o utilidades que las sociedades APP paguen a sus socios o beneficiarios, cualquiera sea su domicilio (incluso en paraísos fiscales).

CONCLUSIONES

Las diversas modalidades de APP requieren de una sólida *certidumbre jurídica*, porque son generalmente proyectos a largo plazo en los que se cumplen responsabilidades, tareas y compromisos financieros.

Sin embargo de lo expuesto, en mi criterio, podría generar cierto tipo de preocupación el contenido del artículo 15 de la LOIAPP que en su tercer inciso señala que la “estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente durante la vigencia de los contratos de gestión delegada”; preocupación que aumenta al revisar el artículo 10 del Reglamento Gene-

ral a dicha Ley, que señala –como ya indiqué en líneas precedentes– que la garantía de estabilidad jurídica no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria ni que en materia tributaria haya estabilidad legal. Mi preocupación se da por cuanto una de las responsabilidades que mantiene para sí el sector público –en la distribución de responsabilidades y riesgos en la estructura APP– es la relativa a la expedición de normas y a la certeza de su aplicación. Pero, si las normas que se expiden luego son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales, lo cual según nuestra legislación sería responsabilidad de la Corte Constitucional, presumiría que habrán inversionistas que no se arriesgarían a invertir, por el temor de que luego un juez nacional declare que unas determinadas normas con las cuales se ejecuta el contrato de gestión delegada que fueron expedidas por el propio sector público “no han sido constitucionales”, y ello afecte el clima de inversión y estabilidad económica; que impida que ingrese inversión extranjera o que, si entra, su costo sea por demás elevado. Lo dicho, unido al riesgo que podrían ver los gestores privados en cuanto a la posibilidad “sin límite” de que el Estado tenga capacidad regulatoria sobre proyectos APP o que en materia tributaria no exista dicha estabilidad legal.

En el mismo orden de ideas estaría la reforma No. 6 introducida en la LOIAPP que incluye, luego del artículo 96 del Código Orgánico de la Producción, un innumerado en el que a más de la estabilidad tributaria que garantiza dicho Código, dice que se “podrá” otorgar también estabilidad jurídica de la normativa sectorial específica declarada esencial en contratos de concesión o títulos habilitantes. Comparto el criterio de que las normas con el verbo en “podrá”, al ser facultativas, no incluyen en sí mismas ninguna garantía específica; y en dicha lógica no tienen carácter imperativo; y, más bien, las normas –legal y reglamentaria– antes analizadas, en lugar de lograr el efecto buscado, podrían querer demostrar lo contrario, más cuando la seguridad y certeza jurídica están previstas como principios rectores en la Constitución de la República, como norma de carácter superior.

Por otro lado, no deja de preocupar que no haya claridad respecto a si las empresas públicas por la sentencia de la Corte Constitucional ya analizada en este trabajo de investigación, para entrar en alguna opción de APP solo lo podrían hacer a través de la delegación que deben dar las entidades públicas de las cuales emana la empresa pública, o si, por el contrario, en ejercicio de su amplia capacidad asociativa prevista en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sí pueden entrar en procesos de alianzas estratégicas; esta preocupación se ha profundizado por el propio contenido y análisis constitucional realizado a lo largo de este trabajo de investigación.

Para abundar en preocupaciones jurídicas, es indudable que al momento no existe un marco jurídico claro respecto al o los procedimientos que se observarán para el concurso público previsto en la LOIAPP, para escoger al gestor privado; y que, por

otro lado, el proceso previsto para el análisis de iniciativas privadas que contempla el Decreto Ejecutivo 582 parece tedioso y lento, dado que entre la evaluación y la decisión de si se acepta o no un proyecto puede pasar fácilmente al menos un año, con toda una carga –que conlleva costo y tiempo– de papeles que deben ser presentados por el privado que impulse la iniciativa, sin que exista un estímulo para que lo haga, dado que si en el mejor de los casos ganara el proyecto, más bien entraría en una desventaja competitiva, pues si luego él decidiera participar en el proceso de selección del gestor privado no tendría la posibilidad de cobrar por lo trabajado en la etapa de preparación y presentación de la iniciativa.

Parecería también cuestionable la integración del Comité Interinstitucional que solo responde a una visión desde el Ejecutivo, pero que no integra en su seno a ningún representación de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD), lo cual puede hacer que incluso dichos gobiernos no decidan participar en observancia de la LOIAPP, tanto por análisis de carácter político como también de los tiempos asociados a la aprobación por parte del indicado Comité integrado por 3 miembros: el ministro coordinador de la Producción, el ministro coordinador de la Política Económica y el secretario nacional de Planificación (SENPLADES), todos ellos con las atribuciones para aprobar cuanto proyecto APP se le presente, sin distinción de instituciones, tipos, modalidades o montos asociados. En dicha lógica, claro está, los GAD podrían optar por otros mecanismos legales como los contenidos en el propio COOTAD, pero en dicha opción sin poder contar con los beneficios de incentivos previstos en la LOIAPP, que son propios y exclusivos de dicha Ley.

Demás está señalar que todos los hechos indicados pueden generar una mayor incertidumbre jurídica, ante lo cual es posible preverse un mayor costo del dinero (tasa de interés y tasa de retorno) e incluso la negativa a invertir proyectos de largo plazo, lo cual podrá hacer inviables los proyectos APP.

Para finalizar, es preciso señalar que muchos recursos se podrán ahorrar si los primeros pasos para la prospección y perfil de viabilidad de un proyecto de APP se basan en un sólido examen del marco jurídico institucional aplicable; que en metodologías como el INFRASCOPE⁴⁰ representan un 25% en cuanto al nivel de certeza y seguridad jurídica que genere el proyecto; más un 20% que corresponde al marco institucional; un 15% a la madurez operativa que incluye métodos y criterios para conceder los proyectos; un 15% al clima de inversión que incluye el análisis de distorsión y voluntad políticas, más un 15% por facilidades financieras que incluyen el análisis del riesgo de impago de los gobiernos; y un 10% final por un factor de ajuste subnacional.

40. Desarrollada por The Economist Intelligence Unit Del The Economist con apoyo del FOMIN/BID y del Ministerio de Economía y Hacienda de España.

A propósito, en el Seminario Taller sobre Alianzas Público Privadas organizado por Runachay Rantiy Cía. Ltda., empresa integrante del Grupo CEAS, el 29 de enero de 2016 en Quito, Ecuador, dirigí un ejercicio en aplicación de la metodología INFRASCOPE con un grupo de participantes que incluía al sector público y al sector privado. Los representantes del sector privado, al hacer el ejercicio de un caso real, ponderaron entre un 33 a un 40% los factores de éxito de un proyecto APP en Ecuador; mientras que los representantes del sector público asignaron un porcentaje mayor que en ningún caso superó el 58%; todo lo cual en promedio dejó como criterio general que los factores de éxito en un proyecto APP no superaban en el mejor de los casos un 50%, siendo el componente de mayor desventaja el análisis de la certeza jurídica que, a decir de los participantes, no existía en el país en las condiciones actuales, lo cual se desprendió del análisis jurídico que se desarrolló a lo largo de este artículo.

Por lo expuesto, creo que los interrogantes son varios y en mi criterio no fueron despejados en el recientemente emitido Reglamento General a la LOIAPP, porque es indudable que la situación económica que atraviesa el país nos obliga a todos a hacer un esfuerzo por optimizar la capacidad de gestión tanto de los actores del sector público como de los privados, a través del análisis de mejor conveniencia para el logro de los objetivos estatales y también para que el privado –en su aspiración legítima– resuelva invertir, obtener los réditos previstos y contribuir al desarrollo del país.

Creo que la etapa en la que nos encontramos es de total maduración, de discusión, conocimiento y, sobre todo, de aporte y buena voluntad para lograr los objetivos esperados y, además, para evitar que se produzca el efecto “BANDWAGON”⁴¹ como principal enemigo del contrato de APP, que “implica seguir la corriente de una multitud” sin examinar los méritos de una cosa en particular; por ejemplo, decidir “cerrar la tienda de la contratación pública tradicional” y “abrir la sin discrimen a la APP”, sin análisis de cuál es la mejor estructura o mejor mecanismo; o, por el contrario, “oponerse a rajatabla” en todos los casos a una APP, solo por criterios de oposición política, cuando en el presente caso está en juego el desarrollo mismo del país; por lo tanto, se deben aunar todos los esfuerzos positivos para avanzar con un soporte de carácter profesional objetivo, multidisciplinar y multisectorial.

41. Borja Colón de Carvajal F., “El efecto bandwagon como principal enemigo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Digital CEMCI*, No. 19 (2013).

BIBLIOGRAFÍA

- Baldeón B., Inés María. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Benito L., Bernardino. “Evaluación de los sistemas alternativos público privados para la financiación de infraestructuras”. *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).
- Bergère, Francois. *Le Partertiat Public-Privé en France, Presupuesto y Gasto Público*. s. l.: Instituto de Estudios Fiscales, 2007.
- Blasco D., Carolina. “Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público privada en la financiación de obras y servicios públicos en España”. *Pecunia*, No. 8, Universidad de Burgos (2009).
- Bratos Martín, Miguel. *La colaboración público privada para la revitalización socioeconómica de las ciudades ¿un modelo de futuro?* Valladolid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2011.
- Chinchilla M., Carmen, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 132 (2006).
- Colón de Carvajal F., Borja. “El efecto Bandwagon como principal enemigo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. *Revista Digital CEMCI*, No. 19 (2013).
- Esteban G., Marisol. “La Colaboración Público Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional”. *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).
- Eur-Lex. *Libro verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004)*. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0327>>.
- Gimeno F., José M. “Reflexiones en torno al procedimiento de Diálogo Competitivo. Fundamento y Perspectiva”, Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Hacia una contratación pública eficiente”. REF. DER2012-39003-CQ2-01. Madrid, 2012.
- Miguez M., Luis. “Las formas de colaboración público privada en el Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*, No. 175, Madrid (2008).
- Moreno, Estibalitz. “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, No. 4 (2012).
- Moreno Molina, José A. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”. *Revista TCEMG*, vol. 33, No. 4 (2015).
- Prados, Carlos. “La articulación del concepto de ‘colaboración’ desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 142 (2009).
- The Economist Intelligence Unit, “Guía del Índice y metodología del entorno para asociaciones público privadas en América Latina y el Caribe” (INFRASCOPE), desarrollada

con apoyo del FOMIN/BID y del Ministerio de Economía y Hacienda de España. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=39560904>>.

Vieitez Martínez, Daniel, y otros. *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*. Tecnológico de Monterrey, curso edición noviembre 2015 a abril 2016.

Ysa, Tamyko. “La gestión de partenariados público privados: tipologías y retos de futuro”. En *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. s. l.: Diputación de Barcelona. 2009.

NORMATIVA

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicado en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 303, 19 de octubre de 2010.

Código Orgánico de la Producción (COPCI), publicado en *Registro Oficial, Suplemento* 351, 29 de diciembre de 2010 con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008, cuya última reforma se produjo el 21 de diciembre de 2015.

Ley de Compañías, publicada en *Registro Oficial* 312, 5 de noviembre de 1999, con una última reforma de 12 de septiembre de 2014.

Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos, publicada en *Registro Oficial*, No. 349, 31 de diciembre de 1993, con varias reformas, la última producida el 12 de septiembre de 2014, publicada en *Registro Oficial, Suplemento* 332.

Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), publicada en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 48, 16 de octubre de 2009, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015.

Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, expedida el 18 de diciembre de 2015 con *R.O. Suplemento*, No. 652.

Leyes sectoriales, como la *Ley de Recursos Hídricos*, *Orgánica de Telecomunicaciones*, etc.

Régimen de Colaboración Público Privada contenido en el Decreto Ejecutivo No. 582 publicado en *Registro Oficial* 453, 6 de marzo de 2015.

Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, expedido con Decreto Ejecutivo No. 1040, 23 de mayo de 2016.

Reglamento General a La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos, expedido por Decreto Ejecutivo 2328 en *Registro Oficial, Suplemento* 581, 2 de diciembre de 1994, que fue objeto de varias reformas, dos de ellas producidas con Decreto Ejecutivo No. 810, publicado en *Registro Oficial* 494, 19 de julio de 2011, y Decreto Ejecutivo No. 661, publicado en *Registro Oficial, Suplemento* 505, 21 de mayo de 2015.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Constitucional (Resolución No. 1), publicada en *Registro Oficial, Suplemento* 629, 30 de enero de 2012.

Fecha de recepción: 29 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 5 de mayo de 2016

Marco Morales T., edit.,
*Análisis y actualidad del
Derecho administrativo*
(Quito: Corporación de
Estudios y Publicaciones /
Instituto Ecuatoriano de Es-
tudios de Derecho Adminis-
trativo y Social, 2015).

*Adriana Ocampo Carbo**

Esta obra contiene temas de gran importancia en el campo del Derecho público. De iniciativa de Marco Morales Tobar y con la colaboración de Eddy De la Guerra Zúñiga, en el año 2014 ve luz su primera edición. La gran acogida de esta obra y la demanda por parte de los lectores impulsan a estos prestigiosos académicos para que se publique una segunda edición del texto, que desde luego continuará enriqueciendo el debate académico en torno a los apasionantes temas del Derecho administrativo.

Así, el profesor Daniel Márquez abre la discusión, al referirse a la noción de servicio público en México, Brasil, Colombia y Ecuador, destacando las distintas concepciones existentes en la actualidad y que de manera general se refieren a este como una actividad material para satisfacer necesidades de interés general. Al respecto, plantea la necesidad de superar la noción de servicio público por dos problemas básicos: su vaguedad y su ideología.

Con su ponencia titulada “La empresa pública en México”, Jorge Fernández Ruiz describe a la empresa como una organización productiva, que actúa dentro de un marco jurídico en el esquema de producción, distribución o suministro de bienes o servicios dirigidos a satisfacer necesidades. La normativa mexicana contempla una gran variedad de empresas públicas, tales como la centralizada, la descentralizada, la desconcentrada, la de participación estatal mayoritaria y la empresa a cargo del fideicomiso público, a la cual se suma la asociación público privada como una nueva modalidad dentro de esta clasificación, de acuerdo a la Ley de Asociaciones Público Privadas expedida en el año 2012, y que significa un cambio radical en el concepto asociativo tradicional contenido en el marco jurídico de la empresa de participación estatal, puesto que se relega al Estado en la administración y gestión empresarial que pasa a manos de la parte privada. Lo anterior es la antesala de un álgido tema, la corrupción en la empresa pública mexicana, el cual es analizado de forma frontal por el autor.

Seguidamente, Efraín Pérez habla sobre las empresas públicas en las áreas estratégicas y los servicios públicos, y para ello señala al Buen Vivir como principio

* Abogada en libre ejercicio.

ético elevado a categoría constitucional, y que engloba un gran catálogo de derechos que vienen a ser el objetivo del régimen de desarrollo, pero que además modifican la participación privada en el régimen económico, las relaciones contractuales con el Estado, y la intervención de la empresa pública en actividades prestacionales, cuyas finalidades han sido claramente establecidas en la Constitución de 2008, que además mantiene como sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Jaime Villacreses Valle presenta su trabajo sobre el régimen laboral de las empresas públicas en Ecuador, cuya explicación parte de la definición del artículo 315 de la Constitución sobre empresas públicas, y la Ley Orgánica de Empresas Públicas que regula la creación, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, excepto las pertenecientes al sistema financiero. De esta forma –en palabras del autor–, el análisis del régimen laboral de la empresa pública debe buscar el mantenimiento y conservación del principal elemento del patrimonio que es el recurso humano. La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) es el instrumento normativo para la administración del talento humano que labora en las Empresas Públicas, teniendo como normas aplicables además el reglamento interno de trabajo y el Código de Trabajo, quedando por tanto excluidos de la carrera administrativa todo el personal bajo relación de dependencia.

Un tema de gran relevancia y complejidad nos introduce José Luis Benavides: “La contratación pública en los Tratados de Libre Comercio (TLC) de América”, que refiere de manera clara a las dificultades conceptuales y prácticas de la regulación respecto de la contratación en los TLC. En general, las medidas diferenciadas para los países en desarrollo en materia de compras públicas han sido un tema de permanente discusión a nivel multilateral; la temática se ha considerado no solo en el marco del GATT sino que ha sido abordada más adelante en las negociaciones del ALCA, cuyo borrador incluyó en la discusión el principio general de Trato Especial y Diferenciado (TED) con el cual se intentaba establecer medidas especiales que permitirían la participación de la pequeña, mediana y microempresa en la dinámica comercial a fin de fomentar el desarrollo del aparato productivo nacional.

Siguiendo esta línea, Marco Morales Tobar habla de los límites de las potestades exorbitantes del Estado en materia de contratación pública, y para ello explica los privilegios y potestades de la administración pública, entre las cuales están la potestad reglamentaria, la potestad discrecional, la de autotutela, la sancionadora y la potestad de revocatoria. Con este antecedente, realiza un importante análisis de los principios que atiende la contratación pública, y así detalla las potestades del Estado, las cuales –según el autor– tienen límites, puesto que la administración pública tiene que cum-

plir con el contrato de buena fe sometiéndose a las cláusulas, condiciones y pliegos del contrato, procurando la estabilidad contractual, observando además el principio de juridicidad, es decir, el respeto de los derechos del administrado, particularmente la garantía del debido proceso; y también el principio de reciprocidad inmanente el todo contrato administrativo.

Teo Balarezo Cueva retoma el tema de las empresas públicas en Ecuador, al hablar sobre su capacidad asociativa. La actividad económica de la empresa pública involucra dinanismos de explotación económica que le confiere el carácter de unidad económica empresarial y jurídica, y para ello la LOEP somete a la empresa pública a una dualidad de regímenes, ya que por un lado todos sus actos, hechos y contratos se someten al derecho público, en las relaciones con los particulares pueden aplicarse las reglas del derecho común. Ahora bien, la Ley además le confiere capacidad asociativa a dichas empresas a fin de lograr el cometido público y la eficiencia empresarial. El procedimiento asociativo, señala el autor, será según el copartícipe privado o público, teniendo esta actividad asociativa ventajas como la flexibilización de procedimientos y actuaciones de carácter empresarial y el régimen especial de contratación.

Continúa Juan Francisco Pérez Gálvez, con un estudio jurisprudencial sobre los efectos económicos de la gestión de los empleados públicos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial y la sucesión empresarial, estudio que aborda un análisis y valoración de varias sentencias que contemplan importantes conclusiones. Así, se establece que respecto de un reclamo de indemnización por accidente en funciones de un servidor público, para que sea posible una indemnización por parte de la administración pública, es indispensable la existencia de daño antijurídico que se da no porque sea contraria a derecho la situación que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla, siendo que esta antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, como la ejecución de un servicio público de riesgo y que impone al administrado el deber de soportar dicha carga.

Francois Julien-Laferriere expone sobre el régimen jurídico de las entidades locales en Francia y su tránsito de la hipercentralización a la hipodescentralización, y para ello reseña la historia centralista del Estado francés y cómo, a través de los años, se fueron constituyendo entidades locales como los departamentos y municipios hasta existir actualmente como niveles de gobierno y administración el central o estatal, el regional, el departamental, el intermunicipal y el nivel municipal, sobre los cuales el gobierno central ha tenido control jurídico, administrativo y financiero.

En esta similar temática de derecho comparado, Marina del Pilar Olmeda García nos adentra en el federalismo y régimen de las entidades federativas en México, y para ello explica las características del sistema federal mexicano, en cuyo Estado coexisten dos órdenes de gobierno: el primero de carácter federal, y el segundo de carácter local,

sus competencias se hallan definidas en la Constitución Mexicana, para más adelante reseñar la independencia de México y la creación del Estado de Baja California. La autora se plantea la incongruencia existente en el caso mexicano, que, siendo un Estado Federal, tiene los mismos conflictos y problemas de un Estado unitario, puesto que la realidad mexicana presenta una tendencia centralista que inclusive se observa en las estructuras de los partidos políticos, y en lo social y cultural, así como en la dinámica económica existe concentración especialmente en la ciudad de México, proponiendo al final de su ponencia un enfoque más realista que permita a México avanzar hacia la descentralización selectiva y gradual.

José René Olivos Campos examina el tema de los servicios públicos municipales en México, y se anticipa a explicar tres perspectivas de los enfoques sobre la naturaleza del término municipio: la perspectiva de poder, la perspectiva administrativa y la perspectiva municipalista; esta última considera al Municipio como base de la división territorial y con características amplias de institución jurídica, política, administrativa y social. Con lo anterior nos pasa a explicar los servicios públicos municipales, que están regidos conforme a la Constitución Federal y sus leyes derivadas, y que son distinguidos conforme al ámbito de sus competencias, por lo que se dividen en exclusivos, estatales y municipales, que además pueden desempeñarse entre dos o más órganos de gobierno cuando tienen facultades coincidentes.

Por su parte, Sonia Venegas Álvarez, con su ponencia “Límites y control al endeudamiento de los gobiernos locales en México”, pone en el tapete la problemática del indiscriminado endeudamiento que han sufrido en los últimos años los gobiernos locales en este país, cuyos recursos muchas veces no están destinados a obras públicas, no tienen impacto económico y social, y aumentan por el contrario las posibilidades de crisis que afectan a la sociedad. La autora plantea la creación de un órgano de políticas y responsabilidad presupuestaria a fin de evaluar y analizar a largo plazo la sostenibilidad presupuestaria, requiriéndose por tanto una reforma integral de las finanzas públicas que asuma límites más severos en cuanto al endeudamiento de las entidades federativas.

Finalmente sobre este eje encontramos a Santiago Machuca Lozano quien habla de la transición del régimen seccional a los gobiernos autónomos descentralizados en Ecuador a raíz de la Constitución de 2008, e inicia haciendo un análisis comparativo con la Constitución de 1998 que establecía la división del territorio en gobierno central y régimen seccional autónomo, pero adicionalmente existía el régimen seccional dependiente del estado central. A partir de la Constitución de 2008 se establece como nueva organización territorial las regiones, provincias, cantones y parroquias rurales, y la posibilidad de crear regímenes especiales por razones de población, de conservación ambiental y étnico culturales. Se crea una nueva institucionalidad representada en los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) que son regionales, provinciales,

municipales y parroquiales rurales, y se acompaña de una ampliación de sus competencias establecidas en la Constitución y el COOTAD. El autor pone a la vista cuatro temas que generan controversias, a saber: alcances del nuevo modo de organización territorial, viabilidad práctica para el nacimiento de las regiones en la forma regulada por la Constitución y el COOTAD, naturaleza jurídica del estatuto regional; y, el rol de las provincias los mismos que son explicados acertadamente.

Sobre los procesos de integración y procedimientos administrativos, Álvaro Mejía Salazar explica la integración como la unión de dos o más Estados, que busca eliminar las fronteras y consiguientemente ciertas jurisdicciones y potestades de orden público que faciliten las relaciones entre los sujetos públicos o privados. Para la consecución de este objetivo se busca establecer un marco normativo común y la armonización de los procesos de integración; sin embargo, el autor halla inconvenientes en la aplicación del derecho sustantivo comunitario y el establecimiento de un marco normativo común, debido principalmente a los ordenamientos jurídicos disímiles, como es el caso de la Unión Europea. Nos habla además de los distintos comportamientos de las administraciones públicas de los Estados, debido a sus intereses, necesidades o realidades coyunturales diferentes que dificulta la aplicación de la norma comunitaria.

Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo propone su tema referente a los procedimientos administrativos en la gestión tributaria municipal en Ecuador. La complejidad y particularidad de la materia tributaria, dice el autor, ha obligado que, a diferencia de otras áreas de la relación administración pública-administrados, se desarrolle la normativa tributaria, lo que ha contribuido a la seguridad jurídica. Avanza en su análisis, y, previo a explicar los procedimientos administrativos de la gestión tributaria en los municipios, hace referencia a la nueva organización territorial y división político administrativa del Estado, cuyo modelo profundiza la descentralización de los gobiernos autónomos descentralizados confiriéndoles competencias exclusivas, destacándose en el caso de los municipios y distritos metropolitanos, la facultad de crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras, pero que además ostentan de poder tributario originario que les permitiría crear, modificar, exonerar o suprimir tributos dentro del ámbito de sus competencias. El autor reseña los procedimientos administrativos de la gestión tributaria, cuyo régimen general contentivo se contempla en el Código Orgánico Tributario por la especificidad de la materia.

Un tema de gran relevancia es presentado por Marco Morales Andrade. El arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público. El arbitraje, señala el autor, como método de solución de conflictos fue utilizado para controversias privadas y de forma excepcional el arbitraje internacional en conflictos contractuales con instituciones pública, panorama que se modifica a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, ya que varias instituciones del sector público optan por este método para resolver conflictos, pero se plantean tres problemas al momento

de ir al juicio de arbitraje, a criterio del Dr. Morales Andrade, el de mayor relevancia es la arbitrabilidad de los actos administrativos.

Sobre las razones económicas y jurídicas de la administración pública nos habla Carlos Burgoa Toledo, quien señala que los actos y decisiones de la administración pública están motivadas por razones de orden normativo o económico, cuyo componente ideológico depende de las corrientes y las circunstancias o necesidades actuales. Así, pues, los actos de la administración pública son las disposiciones descriptivas o constitutivas que conllevan al poder constitutivo del Estado; y las decisiones de la administración pública que vienen a ser las disposiciones deónticas que conllevan al poder decisional del Estado. Sobre las razones económicas y jurídicas, el autor señala que estas no siempre son compatibles, ya que mientras en lo jurídico se trata de asegurar la convivencia entre los particulares y el Estado, en lo económico, y debido principalmente a la influencia del neoliberalismo en las economías nacionales, el Estado flexibiliza las condiciones normativas a fin de brindar un panorama atractivo a las inversiones, convirtiéndose en rector de la economía más no participa en ella.

Libardo Rodríguez presenta un tema de actualidad, como es la ampliación del sistema nacional de fuentes de los derechos administrativos considerando el derecho comunitario andino, para lo cual explica que las normas primarias u originarias del derecho comunitario requieren procedimientos de incorporación al derecho interno de cada país miembro, a diferencia de las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario que gozan de eficacia inmediata y directa en los distintos ordenamientos jurídicos de la comunidad.

Continuando en esta línea, Pablo Morales trata sobre la regulación económica y facilidades esenciales. A partir de la Constitución de 2008, señala el autor, el Estado deja de ser un simple observador para convertirse en parte gestora y reguladora de la dinámica económica y, para ello, establece una serie de mecanismos dirigidos a impulsar la libre competencia y sancionar prácticas contrarias y abusivas en el comercio, entre éstos mecanismos tenemos la junta de regulación del mercado, que es la encargada de la política económica, producción, sectores estratégicos y desarrollo social y que por lo tanto tiene una intervención directa en la economía nacional. Esta facultad reguladora del Estado además interviene de forma vertical en la aplicación del principio de facilidades esenciales, es decir, el uso de infraestructuras imprescindibles para que las empresas puedan realizar sus actividades productivas, y que no pueden ser restringidas en su uso. Así, por ejemplo, se emplea este principio en las industrias de trabajo en red donde es necesaria una determinada infraestructura física, electrónica o contractual que permita la libre competencia.

Sebastián Espinoza nos habla del capitalismo estatal y el impacto regulatorio del resurgimiento del Estado como operador económico, situación que ha producido un conflicto de posturas ideológicas diversas sobre el rol que debe asumir el Estado en

la economía actualmente. El cambio de paradigmas por el cual el Estado ya no solo es árbitro, sino que además interviene en calidad de actor directo en actividades económicas, genera dudas principalmente respecto de cómo este nuevo rol afectaría las condiciones de competencia equitativa, limitando el acceso a oportunidades en condiciones justas y por lo tanto agravando las desigualdades en el mercado.

En el análisis de los temas administrativos, Isaac Augusto Damsky presenta un panorama de las energías renovables y su problemática en Argentina, donde las experiencias exitosas en el área energética provienen de autogestores, pero que no han recibido impulso alguno de los niveles gubernamentales donde las políticas públicas en los últimos quince años han sido únicamente de carácter coyuntural y no han considerado la creciente demanda de este recurso por parte de la población. Por otro lado, no existe preocupación de integrar al mercado energético la energía renovable, que se halla en estado embrionario, y apenas alcanzó un 3% en el año 2012, pese a existir la ley 26190 promulgada en el año 2006 para el fomento y promoción de energías renovables.

Finalmente, cierra esta obra María del Carmen Jácome, con “El control de la convencionalidad”, donde de manera acertada determina el rol que cumple la Función Judicial, particularmente la jurisdicción contenciosa administrativa, frente a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, para posteriormente explicar que el control de convencionalidad precisa a los Estados suscriptores de convenios internacionales sobre derechos humanos que vigilen, por medio de los jueces, que las disposiciones contempladas en dichos convenios no sean limitadas por normas internas. Jácome nos demuestra que el control de convencionalidad es un tema de vieja data en la jurisprudencia generada por la Corte IDH, pero que en Ecuador es nuevo y por lo tanto se requiere crear normativa acorde a la realidad actual que permita a la jurisdicción contenciosa administrativa y sus jueces ser garantes de los derechos humanos.

Análisis de la sentencia No. 210-15-SEP-CC sobre la acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos

*Felipe Castro León**

RESUMEN

La acción de protección fue establecida en la Constitución de 2008 como un mecanismo para la tutela de derechos constitucionales cuando existe vulneración a los mismos. Como requisitos, a nivel constitucional, está la vulneración a derechos por un acto u omisión de autoridades públicas no judiciales o de particulares en determinadas situaciones. El desarrollo principalmente legal de esta garantía ha establecido un requisito adicional, que se refiere a que el acto que puede vulnerar derechos no sea impugnado por vía contenciosa administrativa o que no exista ninguna vía adecuada para proteger los derechos. Con estos antecedentes, se resuelve la sentencia No. 210-15-SEP-CC, en donde la Corte Constitucional consideró que, frente a la terminación unilateral del contrato, no se puede interponer una acción de protección puesto que esta es impugnada por la vía contenciosa-administrativa. Por estos motivos, el presente análisis buscará comprender si es verdad que frente a esta forma de terminación de contrato no cabe presentar acción de protección, tomando en consideración el desarrollo jurisprudencial de la misma Corte Constitucional.

PALABRAS CLAVE: acción de protección, garantías jurisdiccionales, terminación unilateral de contrato, vía constitucional, vía legal.

ABSTRACT

The protection action was established under the Ecuadorian Constitution of 2008 in order to protect people's constitutional rights. This action can be submitted when there is an infringement of rights by an act or an omission of a public institution or any citizen under certain situations. However, there is another requirement established by the law; it is that the protection action cannot be presented if the act of the public institution can be appealed in the ordinary judges, who review the violation of the law. Consequently, the decision number 210-15-SEP-CC of the Constitutional Court ruled that the unilateral termination of a contract cannot be

* Responsable del Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

appealed in the constitutional justice because it can be appealed in the legal justice. Therefore, this analysis pursues the understanding of the appealing of the unilateral termination of a contract and if it can be appealed in the constitutional justice by using the jurisprudence of the Constitutional Court.

KEYWORDS: protection action, jurisdictional guarantees, unilateral termination of a contract, constitutional justice, legal justice.

FORO

ANTECEDENTES

La sentencia No. 210-15-SEP-CC se refiere a una acción extraordinaria de protección presentada por Gonzalo Triana Carvajal, en calidad de procurador judicial de Marco Calvopiña Vega, gerente general de la Empresa Pública EP PETROECUADOR, ante la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 1017-2010.

La acción extraordinaria de protección es conocida por la Corte Constitucional y, de acuerdo al artículo 94 de la Constitución, es una garantía jurisdiccional que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

En esta línea, tanto el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han señalado que el objeto de esta acción es la protección de los derechos constitucionales y debido proceso cuando se hayan violado por acción u omisión por parte de las autoridades judiciales, por lo que su fin es precautelar que los procesos se desarrollen dentro de los parámetros normativos constitucionales.¹

Bajo esta base, el procurador judicial del gerente general de EP Petroecuador manifestó la violación a su derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica principalmente porque un tema de pura legalidad como es la declaratoria de terminación unilateral del contrato no debía sustanciarse por la vía constitucional, específicamente lo que se refiere a la construcción de un tanque para almacenamiento de Slop en la Terminal Pascuales por parte de la empresa Serinint.

Con estos antecedentes, la Corte Constitucional planteó como problema jurídico el establecer si existió o no vulneración del derecho al debido proceso, mediante la

1. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 085-16-SEP-CC, 16 de marzo de 2016, MP: DR. Principales ARG Alfredo Ruiz Guzmán, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.

afectación a la garantía de aplicación de los derechos y las normas, y el derecho a la seguridad jurídica en la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en la acción de protección No. 1017-2010.

Ahora, para efectos de analizar el fallo de la Corte Constitucional resulta oportuno referirse a la naturaleza jurídica de la acción de protección, describir la figura de la terminación unilateral del contrato, y, de esta forma, establecer si las razones de la Corte fueron adecuadas en relación al problema jurídico planteado.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL CONTEXTO NORMATIVO ECUATORIANO

A partir del artículo 86 de la Constitución se desarrollan las denominadas garantías jurisdiccionales. A modo genérico, las garantías son “mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la constitución”.² De forma específica, las garantías jurisdiccionales son los mecanismos de protección de derechos que se los activa a nivel judicial.

En este caso, el artículo 88 de la Constitución establece a la acción de protección como una garantía jurisdiccional que tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos establecidos en la Constitución frente a la posible vulneración de los mismos, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.³

Según el artículo 40 de la LOGJCC, los requisitos procedimentales para que una acción de protección pueda ser presentada son: la violación a un derecho constitucional, una acción u omisión de autoridad pública o particular bajo las circunstancias establecidas en la ley, y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Sobre el primer requisito, la Corte Constitucional ha establecido que la violación se da cuando los efectos de la acción u omisión de autoridad pública o persona particular produjeren un detrimento en el goce de un derecho constitucional.⁴

-
2. Juan Montaña Pinto, “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”, en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de trabajo* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 2012), 26.
 3. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 068-16-SEP-CC, 9 de marzo de 2016, MP: DR. Principales ARG Alfredo Ruiz Guzmán, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.
 4. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, MP: DR. Principales MVO Manuel Viteri Olvera, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.

Por otro lado, el artículo 41 de la LOGJCC establece la procedencia y legitimación pasiva de la acción, siendo los actos u omisiones sobre los cuales se puede presentar una acción de protección los de autoridad pública no judicial, del prestador de servicio público, de personas naturales o jurídicas del sector privado (cuando presten servicios públicos impropios, de interés público, por delegación o concesión, cuando provoquen daño grave, o si la persona afectada está en estado de subordinación o indefensión), y en contra de toda política pública, nacional o local, y todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Hasta aquí, la regulación de la acción de protección concuerda con la desarrollada por la Constitución en su artículo 88. Sin embargo, se introduce un requisito que exige que no debe existir otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado por medio de una acción de protección, razón por la que su activación cabe siempre y cuando esté de por medio un desconocimiento, según la Corte Constitucional, del ámbito constitucional del derecho vulnerado.⁵

En otras palabras, se verificará la no existencia de una vía de tutela en la justicia constitucional del derecho (derecho a la libertad, a la integridad física, acceso a la información pública, e intimidad personal), y que la vulneración al derecho se refiera a la dimensión constitucional del mismo, es decir la que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos.⁶

Este tercer requisito llama la atención ya que tiene relación con el número 4 del artículo 42 de la LOGJCC que establece como una causal de improcedencia de la acción de protección que “el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Esto significa en la práctica que primero se debe realizar un examen de los mecanismos de defensa judicial de los derechos, entre ellos la vía contenciosa administrativa, y, una vez que se compruebe la inexistencia de los mismos para proteger un derecho, o que estos no son adecuados ni efectivos, se puede presentar una acción de protección.

La forma cómo la acción de protección ha sido regulada le otorga la característica de residual o subsidiaria.⁷ En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido que la misma no es residual.⁸ Incluso en la sentencia materia de análisis,

5. *Ibíd.*

6. *Ibíd.*

7. De acuerdo con Pablo Alarcón, una acción es residual o subsidiaria cuando: “a) Cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación; b) Cuando las vías o mecanismos de impugnación se han agotado; c) Cuando no existe otra vía más idónea; y, d) No es procedente cuando se han activado de manera simultánea otras acciones con identidad subjetiva y objetiva”. Ver: Pablo Alarcón, *La ordinarización de la acción de protección* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 40.

8. *Ibíd.*

la Corte expresamente establece que la acción de protección no es subsidiaria, por lo que es una garantía directa y eficaz siempre y cuando se verifique la violación de derechos constitucionales.⁹

Para resolver este problema, se puede visualizar que la Corte Constitucional ha establecido cuál es el papel que tienen los operadores de justicia frente a la acción de protección. En este caso, para declarar la improcedencia de la acción de protección, los jueces deben realizar una adecuada exposición argumentativa acerca de la supuesta vulneración de derechos constitucionales alegada por el accionante y no la simple invocación de la existencia de otras vías adecuadas para la protección de los derechos alegados.¹⁰ Por lo tanto, es labor de los jueces procurar que la acción de protección no resulte ser subsidiaria en la práctica.

En suma, la regulación de la LOGJCC de la acción de protección reproduce la forma en cómo esta ha sido concebida en la Constitución, referente a que se trata de una garantía jurisdiccional que puede ser accionada frente a cualquier acto u omisión que vulnere derechos constitucionales. Sin embargo, la misma ley establece requisitos adicionales, entre los que se encuentra que la acción de protección no cabe cuando el acto puede ser impugnado en vía contenciosa administrativa. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha señalado que la tarea de las autoridades judiciales es, mediante una adecuada argumentación, establecer la existencia o no de vulneración a derechos, y en esta línea determinar que la vulneración se refiera al ámbito constitucional del derecho.

LA TERMINACIÓN UNILATERAL EN EL CONFLICTO ENTRE EP PETROECUADOR Y SERININT FRENTE A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA SENTENCIA NO. 210-15-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La sentencia No. 210-15-SEP-CC se refiere al conflicto surgido por la declaratoria de terminación unilateral del contrato por parte de EP Petroecuador en la construcción de un tanque para almacenamiento de Slop en la Terminal Pascuales por parte de la empresa Serinint.

-
9. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 210-15-SEP-CC, 24 de junio de 2015, MP: DR. Principales ATRG Alfredo Tirso Ruiz Guzmán, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 593, 23 de septiembre de 2015.
 10. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 240-15-SEP-CC, 22 de julio de 2015, MP: DR. Principales WMA Wendy Molina Andrade, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 593, 23 de septiembre de 2015.

La forma cómo el Estado y los contratistas deben actuar en todo el proceso de contratación pública está regido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP).

De acuerdo al artículo 92 de la LOSNCP, los contratos celebrados para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios pueden ser terminados por varias razones, siendo una de ellas la terminación unilateral del contrato.

En esta línea, el artículo 94 señala las causales que facultan a las entidades contratantes el uso de esta figura: el incumplimiento del contratista; la quiebra o insolvencia del contratista; si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; por suspensión de trabajos por más de 60 días; por la celebración de contratación contra expresa prohibición de la ley; por los casos estipulados en el contrato; o si por circunstancias técnicas o económicas o de caso fortuito o fuerza mayor sin que el contratista desee terminar el contrato.

De acuerdo al artículo 95 de la ley y el artículo 10 de la Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio nacional de Contratación Pública, cuando la entidad contratante desee dar paso a la terminación unilateral de un contrato, y previo a emitir una resolución motivada, se le concede a la contratista un término de 10 días para que justifique la mora o remedie el incumplimiento, junto con los informes económico y técnico referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. Si no se justifica o remedia el incumplimiento, la resolución se subirá en el portal de contratación pública y la declaración de contratista incumplido.

En efecto, en el conflicto entre EP Petroecuador y Serinint se presenta una acción de protección frente a una terminación unilateral del contrato por parte de la empresa pública, la cual fue aceptada en dos instancias. Pese a lo anterior, la resolución de la Corte Constitucional fue tajante al señalar que la vía contencioso-administrativa, para el caso concreto de la terminación unilateral del contrato, es la que garantiza que “los detalles técnicos de la ejecución de la obra puedan ser analizados de mejor manera, ya que la naturaleza probatoria de este proceso es especialmente pertinente para la determinación de la procedencia o no de la terminación del contrato”.¹¹

Bajo la misma línea, la Corte especificó que en la vía constitucional no se puede realizar análisis de temas legales propios de la jurisdicción contenciosa administrativa, que en este caso se refiere a la terminación unilateral del contrato o de la recepción

11. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 210-15-SEP-CC.

de obra y que requiere analizar el cumplimiento de estipulaciones del contrato a la luz de la LOSNCP.¹²

A base de estas consideraciones, la Corte encontró vulnerado el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica de la entidad accionante en la acción extraordinaria de protección (EP Petroecuador) puesto que no se dio lugar al proceso administrativo para la reclamación de temas contractuales como la terminación unilateral del contrato.

¿CABE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO?

Como se pudo observar, según el criterio de la Corte Constitucional, no cabe presentar acción de protección frente a un conflicto surgido de la terminación unilateral del contrato. Sin embargo, es oportuno analizar en qué medida este criterio tiene validez en el contexto normativo y jurisprudencial de la acción de protección.

Para el análisis de la terminación unilateral de los contratos hay que tomar en cuenta que en la doctrina es considerada como *cláusula exorbitante* al ser una prerrogativa que tiene la administración únicamente en virtud del interés público del objeto contractual pese a que se considera aceptada por el sometimiento de las partes al contrato.¹³

En efecto, en el procedimiento para la declaración unilateral del contrato se puede advertir que la facultad discrecional del Estado podría transformarse en arbitraria, sin que sea sujeta a un dictamen previo sobre la existencia o no de fundamentación legal y contractual.¹⁴

Como consecuencia, y en los términos de las garantías jurisdiccionales, la terminación unilateral del contrato puede ser un acto de autoridad pública no judicial que vulnere derechos constitucionales, razón por la cual, a *prima facie* se puede presentar una acción de protección sobre dicho acto.

El problema surge cuando se desprende expresamente de la normativa que la impugnación se debe realizar por vía administrativa, vía judicial, o la resolución de la controversia vía arbitraje (artículo 95 de la LOSNCP). Incluso señala expresamente que no “se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”. Es

12. *Ibíd.*

13. Cfr. Nelson López, *Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 31.

14. *Ibíd.*, 37.

decir, existe la causal de improcedencia de la acción de protección del artículo 42.4 de la LOGJCC puesto que existe la posibilidad de impugnación mediante vía judicial.

En primer lugar, hay que señalar que, según el artículo 11 .5 de la Constitución, “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

Por otro lado, cuando se presente una acción de protección con estas características, como la presentada por Serinint en contra de EP Petroecuador, el juez tiene la obligación de determinar la existencia o no de violaciones a derechos constitucionales. Es decir que se debe verificar que el acto impugnado no vulnera el ámbito constitucional del derecho vulnerado, el cual tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos como ya se pudo apreciar.

Sobre los ámbitos legal y constitucional de los derechos, la Corte Constitucional ha señalado que “todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales”.¹⁵ En este sentido, la Corte señala que “los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado”.¹⁶

En el caso de la terminación unilateral del contrato, se observa que el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 76 de la Constitución, toma una dimensión legal al desarrollarse la notificación y trámite respectivo en el artículo 95 de la LOS-NCP. De acuerdo al razonamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia No. 210-15-SEP-CC, el análisis probatorio mediante la acción contenciosa administrativa permitirá dilucidar que la motivación de la resolución y el cumplimiento de las normas y derechos de las partes fue legal, es decir las actuaciones de la entidad contratante se dio en estricto apego a la LOSNCP y los reglamentos establecidos.

Pero, por otro lado, y siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional, cuando un derecho constitucional no adopta una dimensión legal, la única forma para proteger un derecho en su dimensión constitucional es la acción de protección, siendo este el recurso adecuado y efectivo para que los derechos de la Constitución puedan ser respetados y cumplidos.

Un ejemplo con el cual se puede materializar esta situación puede ser el caso del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 66.4 de la Constitución. Este derecho puede ser violado cuando existe un trato discriminatorio. De

15. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

16. *Ibid.*

acuerdo a la Corte Constitucional, un trato discriminatorio se da con “la existencia de un trato diferenciado que no se encuentra justificado de manera alguna y que atente contra el ejercicio de derechos de la persona a quien se dirige ese trato diferenciado”. En la regulación existente respecto a la terminación unilateral del contrato en la LOSNCP se puede apreciar que no existe una dimensión legal del derecho a la igualdad y no discriminación. Por estos motivos, puede existir un caso en el que la entidad contratante, bajo las mismas circunstancias fácticas y jurídicas, haya decidido arbitrariamente la terminación unilateral el contrato con una contratista y con otra no, lo cual genera una violación al derecho reconocido en el artículo 66.4 de la Constitución. Esto puede suceder tanto con el derecho al honor y al buen nombre (artículo 66.18), el derecho a la propiedad (artículo 66.26), el derecho a vivir en un ambiente sano (artículo 66.27) entre otros.

Este ejemplo nos permite ilustrar la excepción a la regla jurisprudencial de la Corte Constitucional establecida en la Sentencia No. 210-15-SEP-CC, es decir, que se puede apreciar que la regla general es que no cabe acción de protección frente a conflictos surgidos de la terminación unilateral de contratos públicos; pero, como excepción, sí cabe acción de protección cuando de la terminación unilateral del contrato adoptada por la entidad contratante se aprecia que su efecto o resultado desemboca en una violación a un derecho que no tiene dimensión legal en el trámite respectivo, especialmente aquellos derechos que no se refieren al debido proceso. Con estos motivos, la obligación del juez es no rechazar simplemente la acción de protección por considerar que el análisis corresponde al ámbito legal, sino que, en virtud de su deber de garantes de los derechos, decida a base del análisis de violación o no a derechos constitucionales.

En suma, la terminación unilateral de contrato puede ser impugnada de forma general por la vía contenciosa administrativa, y por la vía constitucional, mediante acción de protección, cuando se afecta la dimensión constitucional de un derecho y que no se encuentre desarrollado en la LOSNCP o reglamento alguno sobre el tema.

CONCLUSIONES

De forma general, se ha podido observar que la acción de protección es un mecanismo adecuado y eficaz para la protección de derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador. Sin embargo, su regulación mediante la LOGJCC ha producido varios inconvenientes a la hora de llevar a la práctica esta garantía jurisdiccional.

El problema principal, el cual no solo se puede visualizar en temas como la contratación pública, es que se busca su no interposición a otro tipo de vías establecidas en la vía legal. Es opinión de quien suscribe este análisis que no debe existir restricción alguna respecto a la presentación de esta acción, salvo la comprobación de un acto u omisión que viole derechos.

Sin embargo, con miras a dotar de contenido a esta garantía bajo las herramientas constitucionales, legales y jurisprudenciales existentes, se ha podido desarrollar una excepción a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia No. 210-15-SEP-CC. Esta se refiere a que, bajo la no existencia de la dimensión legal de un derecho, es decir, que el ejercicio del derecho no esté regulado por vía legal, y frente a una vulneración a un derecho constitucional, cabe presentar una acción de protección, pese a que, en el caso de la terminación unilateral de un contrato se haya establecido lo contrario.

Lo importante aquí es recalcar que las garantías jurisdiccionales son mecanismos para proteger derechos. En este sentido, el fin último del Estado es la protección de los derechos, por lo que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe ir enfocada a favorecer su efectiva vigencia, según el artículo 11.5 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo. *La ordinarización de la acción de protección*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- López, Nelson. *Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- Montaña Pinto, Juan. “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de trabajo*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, 2012.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia: No. 210-15-SEP-CC, 24 de junio de 2015, MP: DR. Principales ATRG Alfredo Tirso Ruiz Guzmán. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 593, 23 de septiembre de 2015.
- . Sentencia: No. 240-15-SEP-CC, 22 de julio de 2015, MP: DR. Principales WMA Wendy Molina Andrade. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 593, 23 de septiembre de 2015.
- . Sentencia: No. 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, MP: DR. Principales MVO Manuel Viteri Olvera. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.
- . Sentencia: No. 068-16-SEP-CC, 9 de marzo de 2016, MP: DR. Principales ARG Alfredo Ruiz Guzmán. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.
- . Sentencia: No. 085-16-SEP-CC, 16 de marzo de 2016, MP: DR. Principales ARG Alfredo Ruiz Guzmán. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 767, 2 de junio de 2016.

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 24 de noviembre de 2016

Colaboradores

Juan Fernando Aguirre Ribadeneira: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Contratación Pública, y magíster en Derecho, mención Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; especialista en Derecho de la Contratación Pública, Universidad de Castilla-La Mancha. *jferaguirre@yahoo.com*

Inés María Baldeón Barriga: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha; doctora en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Universidad de Castilla-La Mancha. Consultora, asesora jurídica y capacitadora en Derecho de la Contratación Pública y Derecho Corporativo. *ibaldeon@ceas.com.ec*

Felipe Castro León: ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; asesor y representante en casos ante el Sistema Interamericano y Sistema Universal de Derechos Humanos. Actualmente es el responsable del Observatorio de Justicia Constitucional, proyecto conjunto de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, con la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. *fcastroleon@gmail.com*

Eddy De la Guerra Zúñiga: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Docencia Universitaria, Escuela Politécnica del Ejército (ESPE); magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Docente e investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *eddy.delaguerra@uasb.edu.ec*

Juan Francisco Díaz Colmachi: ecuatoriano, abogado, Universidad Central del Ecuador; especialista superior y magíster en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Se ha desempeñado como responsable de las áreas de Compras Públicas y Legal en varias instituciones públicas. Director jurídico de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción. Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jfranciscodiaz@hotmail.com*

Jorge Luis González Tamayo: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista en Le-

gislación para la Empresa, y magister en Derecho, mención Derecho Tributario, y doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Exdirector el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). *jrlsgonzalez@gmail.com*

Adriana Ocampo Carbo: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Internacional del Ecuador; especialista superior en Derecho administrativo, y magíster en Relaciones Internacionales, mención Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; abogada en libre ejercicio. *adrianaocampo@hotmail.com*

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados de artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica:
<mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima:
 - ◆ Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 8.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 palabras.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
 - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
 - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
 - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *Título de la obra* (Ciudad: Casa editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1995), 206.
 - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
 - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
 - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
 - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor. *Título de la obra*, tomo o volumen, número de edición. Ciudad: Casa editorial, año de publicación. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
 - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

Proceso editorial

FORO acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR (e)

Jaime Breilh Paz y Miño

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

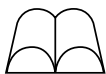
Ramiro Ávila Santamaría

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ramiro.avila@uasb.edu.ec>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio revistas: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



María Fernanda Racines C., *Los proyectos de ley tributarios “económicos urgentes” en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2016.

Esta obra estudia las nociones básicas de los principios de “legalidad” y “reserva de ley”, y la observancia y cumplimiento de estos principios en la emisión de los proyectos de ley calificados por el Ejecutivo como urgentes en materia económica en Ecuador. Se analizan los aspectos históricos claves dentro de la evolución de los decretos ley, entre ellos, las diferentes normas constitucionales que han amparado su emisión, los cuerpos legales que han regulado su trámite y la utilización de estos para legislar desde el poder Ejecutivo por parte de ciertos gobernantes hasta llegar a la actualidad.



Leidy Carolina Dorado B., *La amnistía como alternativa jurídica al proceso de paz colombiano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2016.

Esta investigación pretende demostrar que la vía para alcanzar la paz en Colombia no se limita únicamente al enfrentamiento bélico entre los grupos armados organizados al margen de la ley y el brazo armado del Estado, sino que, por el contrario, hay opciones jurídicas que permitirían que un proceso de paz se concrete y consolide de manera pacífica.

En este sentido, este estudio contiene una propuesta que no apuesta por más violencia, sino por un pacto sincero que conlleve a la paz desde antaño deseada por la sociedad colombiana.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

