Dr. Mauricio Enrique Pacheco

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS y PENALES de la CORRUPCIÓN en la CONTRATACIÓN PÚBLICA en EL ECUADOR

EL FORUM
EDITORES

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL PÚBLICO

SU VENTA ESTÁ PROHIBIDA POR LA LEY

364.1323
P116
ES.1

ID:58371

P:1
E:08
B:13

INVENTARIO

Compra:..... Donación: X Transfer: ☐

Proveedor: Decanto.

Factura:..... Fecha: 23/01/2017 Precio:.....

Nº Inf. Recep.:..... Fecha Inf.:.....

Nº Alta:.....

Biblioteca: Jurisdicción

INVENTARIO

Compra:..... Donación:..... Transfer: ☐

Proveedor:.....

Factura:..... Fecha:..... Precio:.....

N° Int. Recep.:..... Fecha Int.:.....

N° Alta:.....

Biblioteca:.....

ASPECTOS CRIMINOLÓGICO Y PENALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

ASPECTOS CRIMINOLÓGICO Y PENALES
DE LA CORRUPCIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

MAURICIO ENRIQUE PACHECO

Profesor Auxiliar de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

ASPECTOS CRIMINOLÓGICO Y PENALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

C: 4185

EL FORUM
EDITORES

ISBN. 978-9942.28.149-4

MAURICIO ENRIQUE PACHECO

1ª-edición 2016

Tiraje: 500 ejemplares

Editorial Jurídica EL FORUM

email: elforum1editores@yahoo.es

Calle La Isla N29 - 66 y Las Casas

Teléfonos: (+593) 255 0943 / 0998 043 275

D. M. Quito Ecuador

Diagramación electrónica y carátula: rodrigol

Impreso en Ecuador - Printed in Ecuador

PROLOGO

La corrupción significa para Latinoamérica cerca del 3% del Producto Interno Bruto de la región y al Ecuador las cifras obtenidas por varios expertos superan el 5 % del PIB. Frente a un fenómeno generalizado de corrupción a nivel mundial, presente en todos los países del orbe con intensidades diferentes y consecuencias igual de disimiles, no podemos cerrar los ojos y dejar que nuestras sociedades se sometan a una realidad que de no enfrentarla en los diferentes estratos en los que se presenta terminara por destruir no solo una estructura económica que puede tarde o temprano reivindicarse, sino la estructura democrática sobre la que se asienta la convivencia humana de los ecuatorianos.

Lo realmente admirable sobre la corrupción es que con cierta perplejidad vamos admitiendo paulatinamente niveles permisivos y tolerables, y por ende justificables, de prácticas reñidas con la ley, moral y la ética especialmente en el campo de la administración pública y concretamente en lo que tiene que ver con la contratación estatal de bienes, obras y servicios Estas ideas contradictoriamente admitidas con cierta resignación hacen uso de argumentaciones que justifican la necesidad de ser permisivos dado el alto costo que significa el diseño y la implementación de políticas públicas de control estatal y ciudadano en la contratación pública. Y que incluso median argumentaciones que enfatizan efectos positivos y resultados que beneficio a la economía y al desarrollo con la realización de prácticas desviadas en la contratación, en donde el soborno y la coima son instrumentalizados como mecanismos de superación de obstáculos que de otro modo serían imposibles de vencerlos si se acepta el papel de ciudadano cumplidor celoso de la ley. Los sobornos o el cohecho de alguna manera han permitido que el sistema funcione evadiendo dificultades y los obstáculos insalvables que pone la ley a quienes pretenden

cumplirla para alcanzar sus objetivos. De tal suerte que los vicios de la corrupción insertada en el sistema administrativo y legal vienen a constituirse en el mejor aliciente para que aquellos clientes del Estado accedan a una cartera selecta de contratos traducidos en montos a veces exorbitantes pero mediatizados por la entrega de coimas y sobornos.

Otro argumento a favor de la presencia de la corrupción en la contratación pública es justificado con la pretendido afirmación de que el poder político y quienes manejan el Estado tienen una especie de derecho adquirido de acceso a la contratación pública en beneficio de su grupo político y empresarial que a su vez con la obra pública que realizan montan un mecanismo clientelar favorable a sus aspiraciones políticas.

Nada o poco puede hacerse cuando la corrupción ha llegado a niveles impresionantes en el tamaño de la estructura político administrativa en la que se encuentran enquistados. A tal punto que, la corrupción se blinda con un armazón jurídico – legislativo de muy difícil la detección, judicialización y sanción de actos identificados con un sistema de sobreprecios en las ofertas, engaños en la cantidad y calidad de las obras y servicios entregados a las instituciones públicas, al entramado de contactos, autoridades y funcionarios públicos que trabajan para su beneficio a cambio de mantenerlos en sus roles o de cambiarlos con cantidades significativas de dinero.

Desde la academia, estudiar y analizar los mecanismos jurídicos legales utilizados para concretar actos de corrupción en la contratación pública a partir del conocimiento de la ley es realmente abrir un camino a la investigación jurídica y criminológica que lleve a un mejor entendimiento sobre la dinámica que rodea a todos los delitos de corrupción en la contratación estatal. Es una investigación que pretende contribuir al esclarecimiento de los puntos negros de la contratación que lleve a las autoridades administrativas del Estado a implementar los correctivos del caso sea en el campo del control jurídico y procedimental como en el campo de las políticas criminales. Pero lo verdaderamente interesante es que por primera vez se pretende dejar abierta la posibilidad para que otros investigadores y juristas profundicen en esta temática excesivamente interesante para llenar las inquietudes de profesionales del derecho, de autoridades, de estudiantes y de todo ciudadano que se precie de cumplidor con la ley, y que aspiren un diseño estructural de las compras estatales más transparentes y objetivas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y las resoluciones del SERCOP forman parte de una espesa selva normativa que no está precisamente orientada al ejercicio de un poder de control sobre la contratación sino posiblemente de dar por demostrada la intencionalidad de corroborar un discurso político anticorrupción de las autoridades del Estado, que por los resultados evidenciados en este trabajo y en las cifras oficiales presentadas por la Contraloría y la Fiscalía General del Estado se nota a todas luces insuficiente e insatisfactorio. Es cierto que, según el autor, se han promocionado otros mecanismos de producción de ciertos sectores tradicionalmente desprotegidos y sin acceso a la demanda del Estado, pero la constante que se evidencia es la utilización de mecanismos procedimentales de contratación pública de carácter directo como evidencia de una gran debilidad.

Es imposible imaginar cómo se puede realizar control FT efectivo en la contratación cuando más del setenta por ciento de la misma se encuentra a merced de mecanismos de la contratación directa. Es decir, de la contratación carente o con controles disminuidos, ex post, de vigilancia, evaluación, control y transparencia que deben existir en la administración de los fondos públicos.

El mérito de la investigación propuesta por el autor es dar a luz la realidad de la contratación desde la óptica de la transparencia y de las debilidades que tiene el sistema nacional de contratación pública que utiliza, en minoría, mecanismos más competitivos y controlables como es la licitación y la misma subasta inversa electrónica, para terminar adjudicando la demanda del Estado en más del cincuenta por ciento mediante procedimientos en los cuales no se necesita el concurso de varios oferentes ni el análisis de alguna comisión técnica con responsabilidades autónomas. Es decir, existe una situación de carácter estructural y sistémica creada e implementada por el mismo SNCP a través del afinamiento de una serie de mecanismos estructurales que fomentan procesos turbios que tienen la virtud de esas conductas corruptas aparezca como sistemáticas, toleradas y permisibles que conllevan, con o sin racionalidad, incumplimientos contractuales y la apropiación de dineros por sobreprecio que en forma por demás injusta van a parar manos de los contratistas.

Comparto con el autor la necesidad de contar con un mecanismo de vi-

gilancia e impugnación de las decisiones de la autoridad en los procesos contractuales iniciales y que bien pueden ser tribunales especializados de carácter autónomo, no ligados a la administración pública ni al Consejo Nacional de la Judicatura, para que ejerciendo potestades jurisdiccionales, libres, independientes y autónomas puedan parar procesos contractuales viciados de irregularidades e ilegalidades.

En lo demás puede recomendar esta obra para que profesionales del derecho y de la contratación pública puedan encontrar datos e información importante y orientadora sobre este tema, pero sobre todos los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia para que puedan consultar esta investigación que tiene importantes aportes al esclarecimiento y comprensión del fenómeno de la corrupción.

Dr. Patricio Sánchez Padilla
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador

INTRODUCCIÓN

Una de las razones principales sobre la existencia de una normativa especial en materia de contratación pública es que su objeto se relaciona con la administración de recursos públicos manejados por funcionarios públicos que no actúan con la misma lógica ni dinámica que los recursos de carácter privado.

Una empresa que no es pública organiza sus gastos y sus presupuestos con todo el rigor y empeño que ponen sus funcionarios y propietarios porque saben que una administración errónea en materia contractual dentro de su organización tiene como consecuencia la disminución de sus ganancias y la pérdida de la estabilidad de ese colectivo. Por ende el cuidado y las políticas de control de gastos son muy minuciosas y muy estrictas. En el caso de la administración pública por una cuestión propia de la naturaleza de los recursos económicos que maneja su administración ha estado en manos de personas que normalmente han visto al erario nacional como la fuente más directa y rápida de enriquecimiento privado utilizando mecanismos de compra, adquisición de obras, bienes y servicios por montos demasiado elevados y dentro de procesos muy técnicos y complicados de muy difícil control.

Los mecanismos de vigilancia propios de un sistema democrático transparente obligan a que se emita legislaciones que pongan énfasis en la transparencia que tienen los funcionarios en la contratación pública, convirtiendo a la ley de contratación en un conjunto normativo de límites al poder contractual libre que tienen los funcionarios públicos. De un control efectivo que no obstaculice la pertinencia y la oportunidad de cada contratación depende el éxito del control de los recursos públicos.

En otras palabras, el objeto de toda ley de control en materia de contratación pública es la evitación de la consumación del atraco de los dineros de la administración estatal mediante conductas fraudulentas en la adjudicación de contratos y es concomitantemente el control de la corrupción de los funcionarios públicos. Los agentes de la corrupción utilizan como instrumento

un sistema permisivo compuesto por un mapa de recovecos prescriptivos cuyos hoyos anidan un manual paralelo de aplicaciones e interpretaciones de la ley por los cuales se escapan las potestades controladoras de los recursos involucrados en contratos pactados sobre la base de la violación de principios inspiradores como el de transparencia.

En este trabajo de investigación existen cifras de los años 2009 a 2015 analizadas en el contexto que las propias instituciones estatales nos presentan y sobre las que se puede perfectamente proyectar al 2016, sin perder el objetivo de demostrar que la corrupción en el Ecuador tiene cifras y que es posible calcularla partiendo de una metodología simple: la contratación directa y por publicación que se realiza de forma directa, valga la redundancia, prescindiendo de mecanismos legales y eficaces de control sin concurso previo y en montos cada vez más altos. El régimen de excepcionalidades en la contratación pública se expande constantemente y su implementación se justifica por dudosas razones de inmediatez, urgencias, emergencias o por imperativos de carácter económico urgente o por razones de seguridad nacional. Sin embargo, ninguna razón por más emergente que sea justifica una contratación sin mecanismos eficientes de control estatal o por lo menos ciudadano.

Valga aclarar que esta investigación se ejecutó realizando un corte en el periodo del tiempo comprendido entre el año 2010 a 2015 en razón de las características bipolares por la que atravesó la economía del país. De una época de bonanza a una época de escasez. La apelación sospechosa a declaratorias de emergencia que abarcaron el plano de lo institucional, regional y hasta nacional motivaron el ejercicio de intentos poco exitosos de control de los recursos públicos desarrollados por el EX – INCOP, y actual SERCOP. Hasta ahora las investigaciones de las declaratorias de emergencia no han tenido el eco en las autoridades tanto de la Contraloría, la Procuraduría y de la Fiscalía General del Estado. Todo intento de concretar la posibilidad de realizar una determinación cuantificable de la corrupción en la contratación pública dirigida como advertencia a las autoridades de control anticorrupción ha sido vano.

En el Capítulo Uno se realiza un análisis de la corrupción como fenómeno social, jurídico, ético y moral; una visita conceptual a los laberintos de los factores criminológicos de este fenómeno expresado en los términos que varias escuelas y modelos plantean ciertas formas explicativas de la corrup-

ción. Los escenarios en los que actúan los funcionarios públicos y los terceros que participan en este tipo de desviación son apreciados dese una óptica explicativa que facilita la generación de conductas infractoras derivadas a delitos penales y administrativo con contienen sanciones para los cuadros más graves cuando existe desatención de la ley. La recepción del sistema penalizador de conductas en contra de la correcta administración del Estado tiene una sola veta en nuestro ordenamiento jurídico y es el conjunto de convenios internacionales que han coaccionado al país en la implementación de reformas penales orientadas a la incorporación de ciertas conductas como delitos o infracciones protectoras del bien jurídico sustentado, elemental para la convivencia civilizada y para la protección de importantes intereses sociales de reconocida importancia. El aporte del Derecho Penal en el control de la corrupción es necesario develar porque los delitos en contra de la administración del Estado se encuentran tipificados en el COIP con un diseño sancionatorio específico y diferenciado a comparación de la legislación penal de otros países. Por ello se incluye un estudio somero y resaltador de las más importantes características de los tipos penales, aspectos que deben tomarse en cuenta en el proceso judicial especifico de subsunción de un hecho de la vida real.

En el Capítulo Dos se introduce al estudio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y del SERCOP como órgano rector y garante de los procesos de contratación desde la óptica regente de los principios constitucionales garantizadores de procedimientos respetuosos de los principios de igualdad, transparencia, objetividad y publicidad en el marco de una legalidad estricta obligada a marcar hitos de respeto a la libre concurrencia, como sinónimo de seguridad jurídica para quienes realizan inversiones para una potencial provisión de obras, bienes y servicios, al Estado. Respeto no solo a principios que se mantienen dentro del estadio de la ley contractual sino que adquiere connotaciones importantes en la normativa contractual administrativa que se desenvuelve igualmente en un marco de principios básicos de observancia obligatoria para quienes contratan con el Estado si es que desean que esas actuaciones no acarreen la nulidad de los actos jurídicos generados por inobservancias de requisitos que no están en la LOSNCP sino en otras leyes como es el Código Civil.

El Capítulo Tres es el escenario principal de la presente investigación. Se analiza cada uno de los procedimientos contractuales desde la óptica de los entresijos que la ley deja para que actué la corrupción, como fenómeno

diseñado de manera virtual en la misma ley a través de mecanismos sutiles previstos en las diferentes etapas del proceso de contratación pública. Las modalidades de perjuicio hacia el Estado son señaladas para su identificación y análisis desde el punto de vista que más interese. Pero la importancia de este capítulo radica en el apego a una máxima que se refiere a que primero se debe conocer la ley y luego entender los fenómenos jurídicos que sobre bella puedan presentarse.

Lo realmente novedoso viene el Capítulo III porque se aborda la corrupción dentro de cada uno de los procedimientos contractuales previstos en la Ley y en el Reglamento con los datos que proporciona el propio SERCOP a través de sus Informes de Labores de los años comprendidos entre 2011 a 2015. La tesis que se comparte en este estudio tiene que ver con la operatividad y el diseño contractual normativo propio y adecuado a las sutiles prácticas de corrupción. Las cifras son reveladoras de niveles de corrupción originados en parte por la misma estructura jurídica del sistema nacional de contratación, forrada de mecanismos inevitablemente conducentes hacia una sistematización de la adjudicación de contratos viciados. La búsqueda de ahorros institucionales no pueden ser descubiertos por las trampas existentes en el propio sistema y que causan al Estado enormes perjuicios por la utilización indiscriminada y hasta dolosa de procedimientos de adjudicación directa, atentatorios contra los principios de la contratación pública, generadores de eficaces sistemas de apropiación de fondos públicos por contratistas y funcionarios administrativos.

Finalmente las conclusiones y recomendaciones proponen para la mesa de discusión y de debate una serie de medidas que si bien es cierto no van a terminar con el cáncer de la corrupción en la contratación pública por lo menos buscan atenuar sus consecuencias y corregir sistemáticamente los errores que faciliten esta estructura institucionalizada de apropiación de los recursos del Estado.

EL AUTOR

INDICE

CAPITULO I: LA CORRUPCION

1.1.- DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN. 27

1.2.- DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 30

1.3.- FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA CORRUPCIÓN 32

1.3.1. Otras definiciones de corrupción. 33

1.3.2.- Acto de Corrupción administrativa. 34

1.3.3.- La corrupción institucionalizada. 46

1.3.4.- Tipología de los actos de corrupción. 38

1.3.4.1.- De acuerdo con el escenario en donde se desarrolle. 39

1.3.4.2.- Según el número de personas que participen. 39

1.3.4.3.- Por el nivel de exigencia social de criminalización. 40

1.3.4.4.- En relación con el porcentaje apropiado por el funcionario público. 41

1.3.4.5.- La corrupción en función de la jerarquía del sujeto activo donde se origina. 42

1.3.5.- Tipos penales de control formal de los actos de corrupción en la administración pública. 43

1.4.- TEORIAS CRIMINOLOGICAS EXPLICATIVAS DE LA CORRUPCIÓN 44

1.4.1.- Introducción. 44

1.4.2.- Teoría de la elección racional. 49

1.4.3.- Teoría de las actividades rutinarias. 50

1.4.3.1.- Psicología de la motivación. 50

1.4.3.2.- La motivación de los delincuentes. 51

1.4.3.3.- Las víctimas. 51

1.4.3.4.- Delitos de cuello blanco. 52

1.4.3.5.- Otros enfoques criminológicos y sociológicos. 54

1.4.3.5.1.- Teoría de la asociación diferencial. 54

1.4.3.5.1.1.- La delincuencia profesional. 58

1.4.3.5.2.- Teoría de la Anomia. 58

1.4.3.5.3.- Teoría del "Labelling Aproach". 60

1.4.3.5.4.- Teoría del aprendizaje. 61

1.4.3.5.5. Bases para una teoría criminológica de la corrupción. 62

1.5.- FACTORES CRIMINOGENOS DE LA CORRUPCION. 71

1.5.1.- Causas de la corrupción. 72

1.5.1.1.- La motivación del individuo hacia la corrupción. 72

1.5.1.1.1.- La tolerancia social hacia la corrupción. 72

1.5.1.1.2.- La mala posición de los servidores. 74

1.5.1.1.3.- El financiamiento irregular de los partidos políticos 74

1.5.1.1.4.- El aspecto externo de la corrupción. 75

1.5.1.1.4.1.- La expansión de la actividad estatal en todos los campos. 75

1.5.1.1.4.2. En relación con el abuso de la discrecionalidad de los funcionarios públicos. 75

1.5.1.1.4.2.- Abuso de la discrecionalidad de los funcionarios públicos. 77

1.5.1.1.4.3.- La ineficiencia de la administración pública. 77

1.5.1.2.- El aspecto material de la corrupción. 78

1.5.2.- Consecuencias de la corrupción. 78

1.5.2.1.- Efectos de la desviación de intereses. 80

1.5.2.2.- Efectos del abuso del poder. 81

1.5.2.3.- Efectos del aspecto material de la corrupción. 81

1.6.- MARCO LEGAL NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN

1.6.1.- La Organización Interamericana de Instituciones de Contratación Pública (OII-CP). 81

1.6.2.- La Organización de las Naciones unidas y la Corrupción. 81

1.6.2.1.1.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003. 85

1.6.2.1.2.- Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (1997), Paris, 17 de diciembre de 1997. 85

..

1.6.2.1.3.- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)..

1.6.2.1.4.- La Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. 91

1.6.3.- Unión Europea. 93

1.6.3.1.- La normativa comunitaria. 94

1.6.4.- Comisión Económica para Europa (CEPE). 100

1.6.5.- Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Convención Interamericana contra la Corrupción. 100

1.6.5.1.- La corrupción como factor dinamizador de la legislación regional impulsada por la OEA. 102

1.6.5.2.- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). 103

1.6.6.- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). 108

1.6.7.- Fondo Monetario Internacional (FMI). 108

1.6.8.- Transparency International (TI). 109

1.6.9.- El Banco Mundial. 114

1.6.10.- El Banco Interamericano de Desarrollo. 114

1.6.11.- La Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión. 116

1.6.12.- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. 117

1.6.13.- La Asamblea Nacional y la Comisión de Fiscalización. 120

1.7.- LA CORRUPCIÓN Y EL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR. 121

1.7.1.- La Corrupción en la Contratación Pública en el Ecuador. 123

1.7.1.2.- El Derecho Penal, la Criminología y la corrupción. 124

1.7.2.- Aspectos punitivos de la Corrupción Administrativa en el Sector Público. 126

1.7.2.1.- El objeto de protección jurídica. 126

1.7.2.2.- Los bienes jurídicos en los delitos contra la eficiente administración pública.. 128

1.7.2.3.- Los delitos contra la eficiente administración pública y la Constitución. 129

1.7.2.4.- Características de la administración pública desde lo constitucional. 130

1.7.2.5.- Los bienes jurídicos tutelados desde la perspectiva constitucional. 131

1.7.2.5.1.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de trato justo. 133

1.7.2.5.2.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de Legalidad. 133

1.7.2.5.3.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de Eficiencia. 134

1.7.2.5.4.- ¿Delitos de lesión o de puesta en peligro?. 135

1.7.3.- Análisis de los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública. ... 136

1.7.3.1.- El peculado. 137

1.7.3.1.1. En relación con el sujeto activo. 138

1.7.3.1.2.- En relación con el sujeto pasivo. 138

1.7.3.1.3.- El núcleo. 140

1.7.3.1.4.- En relación con el objeto material del delito de peculado. 140

1.7.3.1.5.- En relación con el elemento subjetivo. 141

1.7.3.1.6.- Beneficio del trabajo de empleados públicos. 141

1.7.3.1.7. Beneficio por uso de información privilegiada. 142

1.7.3.1.8.- En relación con el peculado impropio. 142

1.7.3.1.9.- Participación de terceros en el delito de peculado. 142

1.7.3.1.9.1.- Contratos con fines privados. 143

1.7.3.1.9.2.- Contratos inexistentes. 143

1.7.3.1.9.3.- Apropiación directa de los bienes y recursos públicos. 144

1.7.3.1.9.4.- Apropiación del dinero del anticipo. 145

1.7.3.1.9.5.- Los sobreprecios en la contratación pública. 146

1.7.3.1.9.6.- El engaño a la administración pública en la contratación. 147

1.7.3.1.9.6.1.- Falsificación de Pólizas de garantías, certificados de depósito o de bonos, hipotecas. 146

1.7.3.1.9.6.2.- La subcontratación. 147

1.7.3.1.9.6.3.- Obras inexistentes y facturas falsas. 148

1.7.3.2.- El Cohecho. 149

1.7.3.2.1.- Concepto de Cohecho. 150

1.7.3.2.2.- El Cohecho Pasivo. 150

1.7.3.2.2.1.- Conductas implicadas en el tipo penal. 151

1.7.3.2.2.2.- Beneficio económico o de otra naturaleza. 152

1.7.3.2.2.3.- La conducta. 152

1.7.3.2.2.4.- Calidad de servidor público competente. 152

1.7.3.2.2.5.- Delito consumado. 153

1.7.3.2.2.6.- El tipo subjetivo. 154

1.7.3.2.2.7.- Participación de terceros. 154

1.7.2.6.2.3.- Cohecho Activo. 154

1.7.3.3.- Trafico de Influencias. 157

1.7.3.3.1.- Primera conducta del servidor público prevista en el Art. 255. COIP. 158

1.7.3.3.2.- Segunda conducta del servidor público prevista en el Art. 255, COIP. 161

1.7.3.4.- La concusión. 163

1.7.3.5. La Estafa en la contratación pública. 164

1.7.3.6.- Infracciones cometidas en la fase precontractual que no están tipificadas como delitos. 167

1.7.3.7.- Infracciones cometidas en la fase de ejecución que no están tipificadas como delitos. 170

1.7.3.8.- De las infracciones cometidas según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011). 170

1.7.4.- Mecanismos de atenuación del fenómeno de la corrupción en Ecuador. 175

1.7.4.1.- Reducir el Estado. 175

1.7.4.2.- Hay que disminuir los costos de la legalidad. 177

1.7.4.3.- Fortalecer la participación ciudadana en la prevención y lucha contra la corrupción y mejorar la transparencia y la eficiencia de la gestión publica. 179

CAPITULO II: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR. 181

2.1.- ANTECEDENTE IMPORTANTE. 181

2.2.- EL CONTEXTO PARA UNA NUEVA LEGISLACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA. 183

2.3 MARCO LEGAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR. 192

2.4.- El Sistema Nacional de Contratación Pública. 199

2.4.1.1.-Características y complementariedad en las funciones del SERCOP 202

2.4.1.- Herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública. 203

2.4.1.2.- Las funciones de control del SERCOP. 204

2.4.1.3.- Registro Único de Proveedores. 207

2.4.1.4.- Plan Anual de Contrataciones, PAC. 210

2.4.1.5.- La Comisión Técnica. 213

2.4.1.6.- Portal de Compras Públicas. 214

2.5.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. 218

2.5.1.- Denominación y definición. 218

2.5.2.- Elementos Esenciales. 219

2.5.2.1.- Los sujetos. 220

2.5.2.2.- Objeto. 221

2.5.2.3.- Causa. 221

2.5.2.4.- Fin. 222

2.5.2.5.- Formalidades y Forma. 222

2.5.2.6.- Voluntad. 223

2.5.3.- Tipología de los contratos administrativos. 223

2.6.- EL CONTRATO EN LA LOSNCP. 224

2.6.1.- El contrato de obra pública. 225

2.6.2.- El contrato de Consultoría. 227

2.6.3.- El contrato de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. 227

2.6.4.- Contrato de adquisición de bienes. 229

2.6.5.- Contrato de servicios. 229

2.7.- PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 230

2.7.1.- Principios en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública. 231

2.7.1.1.- Principio de legalidad. 232

2.7.1.2.- Principio del trato justo. 244

2.7.1.3.- Principio de igualdad. 233

2.7.1.4.- Principio de calidad del gasto público. 233

2.7.1.5.- Principio de vigencia tecnológica. 234

2.7.1.6.- Principio de oportunidad. 234

2.7.1.7.- Principio de libre concurrencia. 236

2.7.1.8.- Principio de Transparencia. 236

2.7.1.9.- Principio de publicidad. 238

2.7.2.10.- Principio de participación nacional. 242

2.8.- VALORES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 245

2.8.1.- La Eficiencia. 246

2.8.2.- El valor de la Responsabilidad social. 247

2.8.3.- El valor de la responsabilidad ambiental. 248

2.8.4.- El valor de la economía. 249

2.8.5.- La garantía de seriedad del Estado. 250

2.8.6.- Criterio de selección objetiva. 251

2.9.- PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 251

2.9.1.- Las Fases o Etapas Contractuales. 252

2.9.1.1.- Fase Preparatoria. 252

2.9.1.1.1.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Preparatoria. 255

2.9.1.2.- Fase Precontractual. 257

2.9.1.2.1. - Requisitos básicos. 257

2.9.1.2.2. Los Pliegos Contractuales. 259

2.9.1.2.3.- Formas de Participación. 262

2.9.1.2.4.- Inhabilidades e Incapacidades. 263

2.9.1.2.4.1.- Las Incapacidades. 264

2.9.1.2.4.2.- Las Inhabilidades. 265

2.9.1.2.4.2.1.- Inhabilidades Generales. 267

2.9.1.2.4.2.2.- Inhabilidades Especiales. 268

2.9.1.2.5.- Efectos de la existencia de vicios en el proceso precontractual. 269

2.9.1.2.5.1.- Declaratoria de Procedimiento Desierto. 270

2.9.1.2.5.2.- La Cancelación del Procedimiento. 271

2.9.1.2.6.- Efectos de la existencia de vicios en la fase contractual. 272

2.9.1.2.6.1.- Adjudicatarios Fallidos. 272

2.9.1.2.6.2.- La entidad contratante fallida. 273

2.9.1.2.6.3.- Efectos de los contratos celebrados contra expresa prohibición. 273

2.9.1.2.7.- Criterios de Selección del Contratista. 274

2.9.1.2.8.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Precontractual. 277

2.9.1.3.- Fase Contractual. 279

2.9.1.3.1.- Características. 279

2.9.1.3.2.- Las cláusulas contractuales del Contrato Público. 281
2.9.1.3.2.1.- Principales cláusulas contractuales. 281
2.9.1.3.2.1.1.- Elementos dentro de las cláusulas comunes. 282
2.9.1.3.2.1.2.- Aspectos que deben constar en las cláusulas obligatorias. 284
2.9.1.3.2.1.3.- En cuanto a las cláusulas Exorbitantes o excepcionales. 284
2.9.1.3.2.1.4.- En cuanto a los documentos que forman parte del contrato. 284
2.9.1.3.2.1.5.- Orden prelatorio de normas que regulan el contrato. 285
2.9.1.3.2.1.6.- La forma en el contrato. 285
2.9.1.3.2.1.7.- Términos o plazos. 285
2.9.1.3.3.- La Delegación en los contratos. 285
2.9.1.3.4.- Mecanismos para la modificación de un Contrato. 287
2.9.1.3.4.1.- Obras y Servicios Complementarios. 288
2.9.1.3.4.2.- Diferencia en Cantidades de Obra. 289
2.9.1.3.4.3. Ordenes de Trabajo. 290
2.9.1.3.5- La cesión y la subcontratación. 291
2.9.1.3.6.- Administración del contrato. 292
2.9.1.3.7.- Cláusula de la Terminación del Contrato. 293
2.9.1.3.7.1.- Terminación Unilateral del Contrato. 294
2.9.1.3.7.2.- Efectos de la declaratoria de terminación unilateral. 296
2.9.1.3.7.3.- Terminación por causas imputables a la entidad contratante. 297
2.9.1.3.8.- Reclamaciones y Solución de Controversias. 298
2.9.1.3.8.1.- El Recurso de Reclamación. 299
2.9.1.3.8.2.- El Recurso de Reposición. 300
2.9.1.3.8.3.- Las reclamaciones en el proceso de ejecución del contrato. 302
2.9.1.3.8.4.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Contractual. 303
2.9.1.4.- Etapa Post contractual. 304

2.9.1.4.1.- Características. 305

2.9.1.5.- Recepción del objeto de la contratación. 305

2.9.1.6.- Tipos de incumplimientos. 307

2.9.1.7.- Régimen de Responsabilidades. 309

CAPITULO III:

CORRUPCIÓN Y TIPOS DE PROCEDIMIENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

3.1.- CORRUPCIÓN Y TIPOS DE PROCEDIMIENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 313

3.1.1.- Generalidades. 313

3.1.1.1.- Procedimientos Dinámicos. 313

3.1.1.2.- La Licitación. 313

3.1.1.3.- Procedimientos de Cotización y Menor Cuantía. 314

3.1.1.4.- Procedimientos Especiales. 315

3.1.1.5.- La Contratación de Consultoría. 315

3.2.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN. 316

3.2.1.- Convenio Marco y Compras por Catálogo. 316

3.2.2.- Subasta Inversa Electrónica. 320

3.2.3.- Compras Corporativas. 326

3.2.4.- Lista Corta. 327

3.2.5.- Licitación Pública. 327

3.2.6.- Concurso Público. 329

3.2.7.- Cotización de obras, bienes y servicios. 330

3.2.8.- Menor cuantía en obras, bienes y servicios. 331

3.2.9.- Los procedimientos de Ínfima Cuantía. 332

3.2.10.- La Publicación. 335
3.2.11.- Las contrataciones especiales por situación de emergencia 336
3.2.12.- La Contratación Directa. 339
3.2.12.1.- La cifra negra de la corrupción en la contratación directa. 346
3.2.13.- La contratación especial. 348
3.2.14.- Contratos Financiados con Préstamos de cooperación Internacional. 355
3.2.15.- El Sistema de Contratación en las Empresas Públicas. 355
3.2.15.1. Contratos de cooperación con organismos internacionales. 357
3.2.15.2.- Contratos Interadministrativos. 359
3.2.15.3.- Exigencias mínimas que deberían cumplirse. 362
3.2.16.- Riesgos derivados del Lavado de Activos. 363
3.3.- CORRUPCIÓN EN LAS FASES DEL CONTRATO. 364
3.4.- CORRUPCIÓN EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE FUNCIÓN. 368
3.4.1.- Acciones Fraudulentas. 370
3.4.2.- Prácticas Colusorias. 370
3.4.3.- Prácticas Coercitivas. 371
3.4.4.- Prácticas de Obstrucción. 371
3.4.5- Prácticas de Nepotismo. 371
3.5.- CORRUPCIÓN EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL. 372
3.6.- ESTADÍSTICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 374
3.6.1.- Sumario de las estadísticas en Contratación Pública. 391
3.6.1.1.- ¿La corrupción en cifras?. 396
3.6.2.- Inquietudes que planteamos al SERCOP. 403

CAPITULO IV

4.1.- CONCLUSIONES. 405
4.2.- RECOMENDACIONES. 411

"Cuando advierta que para producir necesita obtener autorización de quienes no producen nada; cuando compruebe que el dinero fluye hacia quienes trafican no bienes, sino favores; cuando perciba que muchos se hacen ricos por el soborno y por influencias más que por el trabajo, y que las leyes no lo protegen contra ellos, sino, por el contrario son ellos los que están protegidos contra usted; cuando repare que la corrupción es recompensada y la honradez se convierte en un auto sacrificio, entonces podrá afirmar, sin temor a equivocarse, que su sociedad está condenada".

Tomado del libro La rebelión de Atlas, de Ayn Rand.

CAPITULO I

LA CORRUPCIÓN

1.1.- DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN

Los ángulos distintos desde los cuales se estudia al fenómeno de la corrupción han generado algunas dificultades para la elaboración de una definición universalmente aceptada. Existen unas con matices criminológicos, penales, económicos y hasta filosóficos que si bien concuerdan en la generalidad difieren en las especificidades de acuerdo al campo desde el cual se la analice.

Carlos Castro1 (2009) resume las tendencias desde las cuales se han elaborado acercamientos a la definición de corrupción:

1.- Las que consideran que la corrupción es el rompimiento o atentado producido en contra del interés público en beneficio del interés personal, concepto que tiene la dificultad de minimizar el interés público que está en juego, no abarca la esencia sino solo las consecuencias.

2.- Tomando en cuenta el comportamiento de las personas la corrupción es el abuso del oficio, cargo o de la envestidura del funcionario público. Este concepto, a decir del autor mencionado, dejaría de lado los fenómenos como el cohecho, la coima, el financiamiento ilegal de los partidos políticos, delitos en los cuales la característica principal en relación con nuestro tema es que relegan la participación de funcionarios públicos. Además la palabra abuso, por ejemplo, como otras que son características en varios tipos penales deja un amplio y peligroso espacio a la discrecionalidad en cuanto a su ámbito de aplicación.

3.- La corrupción también ha sido definida como la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de obtener un beneficio extra posicional. Tiene el mismo defecto que la anterior: no está definida la palabra beneficio y es un concepto que atiende solo el fenómeno y no la esencia.

Sin embargo, al ser estas definiciones complementarias, porque se refieren a diversos momentos y aspectos distintos del fenómeno de la corrupción, unificadas ellas podríamos distinguir que la primera teoría se concentra en el momento inicial o interno de la corrupción; la segunda, se concentra en el procedimiento a través del cual ésta se hace efectiva y la última hace alusión al efecto necesario.

La Convención Interamericana contra la Corrupción en el Artículo VI define de manera muy amplia lo que considera Actos de Corrupción y establece que:

"La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a.- El enriquecimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

b.- El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas

para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c.- La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

d.- El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y,

e.- La participación como autor o coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2.- La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

En resumen, la corrupción es un fenómeno complejo compuesto de tres elementos:

a.- Un elemento subjetivo o interno que ataca la formación de la voluntad de la administración por la motivación que tiene el sujeto activo para vulnerar el interés público en función de su propio interés particular.

b.- Un elemento objetivo constituido por el hecho de que participa un funcionario público que desde su función abusa de su cargo haciendo u omitiendo hacer un acto administrativo ilegal.

c.- El aspecto material que es la concreción del beneficio económico, político, administrativo y hasta sexual obtenido. El funcionario público puede ser el único actor y beneficiario de su conducta ilícita o puede estar asociado con personas e intereses particulares ajenos a la administración pública.

d.- La convención Interamericana contra la Corrupción considera como tal un acto de corrupción extra-material o extra-administrativo como es el ocultamiento de las cosas objeto del ilícito y además la asociación ilícita formada entre el funcionario público y terceros orientada a la realización de actos de corrupción.

La característica fundamental que atraviesa estas concepciones de la corrupción es que su práctica se ha transformado en un vicio, un abuso, una mala costumbre en el manejo de la cosa pública, presente en todas las sociedades del mundo en un espacio temporal que se remonta a las primeras organizaciones societales miles de años atrás.

1.2.- DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Enfocándonos hacia una misma línea de acercamiento a una definición que nos ubique en el campo de la contratación pública diferenciamos hasta este punto varios elementos que configuran este ilícito: un funcionario público, una tercero, un beneficio, un acto administrativo, o una acción administrativa en función del cargo público que desempeña el funcionario que participa en el acto desviado.

Por tanto, para los fines de este trabajo definiremos como corrupción al fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a lo ordenado por las normas jurídicas con el propósito de favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa económica o moral. Por lo tanto, corrupto es el comportamiento jurídicamente desviado de un miembro que pertenece a la administración pública a través del ejercicio de influencia ilícita, ilegal e ilegítima.

Hay dos categorías muy diferentes de corrupción administrativa: la primera acontece cuando los actos corruptos se cometen de acuerdo con las reglas y la segunda cuando las operaciones se desarrollan en contra de las reglas. En el primer caso, un funcionario está recibiendo un beneficio de parte de un particular por realizar algo que debe hacer por mandato de la ley. En el segundo caso, se cometen actos de corrupción para obtener servicios que el funcionario

tiene prohibido proporcionar. La corrupción de acuerdo con la ley y contra la ley puede ocurrir a todos los niveles gubernamentales y oscila desde la gran corrupción hasta abarcar las más comunes y pequeñas formas de corrupción.

En función de esta definición y sobre lo anteriormente anotado, la corrupción en la contratación pública estaría definida como el ataque al interés mediante el abuso del cargo público con la finalidad de obtener un beneficio extra posicional en cualquier etapa del proceso de contratación concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, los de arrendamiento mercantil con opción de compra, ámbitos en los que controla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tal como prescribe el Art. 6 del mismo cuerpo legal.

No vayamos a cometer el error de creer que el ámbito de la contratación pública se concentra solamente en este tipo de áreas de acción sino que, muy por el contrario, la corrupción está presente en otros campos en los que la LOSNCP no puede intervenir directamente como es el de la contratación petrolera, de las concesiones mineras, en la construcción de grandes obras como las hidroeléctricas, concesión de servicios públicos, etc.

Los elementos de la corrupción en la contratación pública podríamos identificarlos desglosados según las etapas por las que atraviesa el proceso de contratación pública. Así tenemos que:

1.- El elemento subjetivo interno de la corrupción se manifiesta en la formación de la voluntad del funcionario público para tomar decisiones pensando más en el beneficio propio y particular del mismo.

2.- Elemento adjetivo de la corrupción, abuso de poder, se concreta cuando el elemento subjetivo interno del funcionario público se materializa en el instrumento contractual o en actos administrativos precontractuales irregulares. No toda irregularidad, abuso de poder, arbitrariedad, nulidad son prácticas corruptas porque en no pocos casos estas anomalías se deben a errores e inexperiencia de los funcionarios.

3.- El aspecto material y objetivo de la corrupción se presenta en la etapa

misma de la ejecución de los contratos públicos en donde se materializa el beneficio extra posicional de quien está relacionado con el proceso de firma y ejecución del mismo.

1.3.- FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA CORRUPCIÓN

Apelando a una de las sentencias de Durheim en relación al delito, podríamos asegurar que es un lugar común para los estudiosos que la corrupción en la contratación pública es práctica normal cometida por gente normal que se realiza y se concreta diariamente en todas las actividades rutinarias del Estado. También es normal que las prácticas corruptas son universalmente rechazadas por todos los estratos de la sociedad y el mundo. Todos los gobiernos, en mayor o menor grado de efectividad tienen legislaciones anticorrupción, sin contar que múltiples organismos nacionales, regionales y mundiales igualmente realizan cruzadas para combatir a este flagelo mundial, como es el caso de la OEA y la ONU, al igual que otros organismos importantes que los estudiaremos más adelante.

Los orígenes criminológicos, es decir, las teorías relacionadas entre la corrupción, los corruptores, los beneficios y las políticas del gobierno, siempre han apuntado a que esta conducta desviada tienen su explicación en la permanente búsqueda de poder y satisfacción a través de prácticas fraudulentas de acumulación, consideradas por los corruptos como caminos idóneos de auto realización y motivación. El deseo de controlar gente y acumular poder económico, y a través de éste, poseer el poder y control político sobre los demás impulsan la tarea de buscar entre el sistema y la ley formas ilícitas de generar riqueza para su personal beneficio.

¿Cómo explicar la forma de presentación del fenómeno de la corrupción en un sistema determinado y de qué manera la presencia de ella contradictoriamente lo mantiene y supervive?

De manera similar, el principal objetivo que mueve la conducta de los hombres es la búsqueda del beneficio económico en sus relaciones basadas en la relación costo beneficio financiero que los motiva en su camino de la auto realización siguiendo condicionamientos culturales en los que el éxito es medido en relación con la acumulación y el ostento de bienes económicos (beneficios

personales + propios objetivos).

1.3.1. Otras definiciones de corrupción.

Dadas las especiales características, la corrupción no ha podido ser definida con claridad y precisión por la diversidad de circunstancias y actores que participan en su producción. En primer lugar la corrupción es un fenómeno generalizado, presente en todas las sociedades y países del mundo como un elemento deontológico inseparable de la realidad humana, que hace que el término utilizado como fenómeno "normal" obedezca a su carácter globalizante. La literatura de la corrupción es universal, requiere soluciones globalizantes y consensos de aprobación generalizada.

Dada la dificultad de una precisión conceptual de la corrupción pública, hemos adoptado una que ha sido trabajada por una investigadora de primer nivel como Silvina Bacigalupo. Ella la define como "...abuso de poder en el sector público en beneficio particular y privado, sea directo o indirecto, con cumplimiento de normas jurídicas, aunque también es cada vez más importante en la actualidad el concepto de corrupción privada..."[1] .

Las connotaciones de esta definición contienen implícitos los elementos de una concepción universal de que la corrupción pública implica un quebrantamiento de las expectativas sociales que benefician interese particulares y personales sea que los sujetos beneficiarios estén ubicados en el ámbito público o en el ámbito privado, o en ambos a la vez, como usualmente suelen presentarse.

Ariel Todarello[2] nos recuerda que el termino corromper tiene raíz indoeuropea y significa alterar o trastocar la forma de alguna cosa por lo que la corrupción no sería otra cosa que la acción de desnaturalizar el fin hacia el cual naturalmente tiende. El estado como la máxima institución social persigue el

1. Bacigalupo S. y Lizcano J (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Colección Estudios N.1, Serie análisis, Área Institucionalidad Democrática. Programa Eurosocial. Cyan Proyectos Editoriales. Madrid. Pag.13

2. Ariel Todarello Guillermo (2008). Corrupción administrativo y enriquecimiento ilícito. Editores del Puerto. Buenos Aires, pg. 100 a 101.

bien común o el buen vivir en términos de legítima pretensión de alcanzar el beneficio común de todos sus ciudadanos mediante la contratación de obras y servicios a través de agentes públicos y privados que puedan proporcionar al Estado obras con precios justos dentro de un marco de competitividad y transparencia. Pero en el decurso del cumplimiento de este propósito existe una desviación usualmente evidenciada a través de prácticas jurídicas obscuras, de procedimientos contractuales viciados, de verificación de obras y servicios sin técnicas ni calidad adecuadas al convenio, por falta de fiscalización y otros procedimientos en los cuales el funcionario público y el agente privado asumen niveles de entendimiento para beneficio mutuo por sobre el interés general.

El mismo autor no presenta un abanico de descripciones del objeto de nuestro estudio. Así menciona que la corrupción puede adquirir las siguientes connotaciones:

1.- Apropiación privada e ilegal de un bien público.

2.- Conducta desviada de los roles que deben desempeñar los funcionarios públicos en beneficio propio o privado. Esto implica abuso de poder y la obtención de beneficios para sí y/o para grupos o personas identificadas con sus intereses, con actitudes de prevalencia de los intereses privados por sobre el interés público.

En definitiva, lo importante no es pretender con una definición abarcar todos los fenómenos a través de los cuales se expresan los actos de corrupción porque dependerán de la mención o de las aristas que caractericen una determinada investigación y lo importante para esta investigación es dejar trazada la cancha del marco conceptual de la corrupción administrativa que utilizaremos en adelante.

1.3.2.- Acto de Corrupción administrativa.

Cuando el interés privado de los funcionarios públicos y de los agentes privados desplazan del ámbito de sus prioridades cívicas el interés público, al que están obligados a perseguir, en beneficio del interés privado suyo o

de particulares, estamos frente a un acto de corrupción al que, en opinión de varios tratadistas, se identifica por la presencia de algunos elementos. Al respecto Ariel Todarello[3] identifica los siguientes:

1.- Beneficio. El acto de corrupción siempre implica el cumplimiento de una ecuación fundamental, advierto que puede ser muy reduccionista pero que es muy ejemplificativa, y es que existe el sacrificio de una bien público en beneficio de interés privado. El beneficio no necesariamente puede ser económico sino posicional de prestigio, incluso por motivaciones subjetivas del funcionario o de los agentes privados.

2.- Una violación a la norma jurídica. Esta es una condición básica sin la cual el acto de apropiación o desmedro del bien público dejaría de ser un acto de desviación penal o administrativa para constituirse en un mero acto violatorio de normas morales o éticas, y por tanto, irrelevantes civil, penal o administrativamente.

3.- La participación de uno o más agentes. El servidor público y/o el agente particular. Puede existir un nivel alto de interacción entre estos actores, o solamente la sobreactuación de uno solo de ellos.

4.- Una de las partes, el funcionario público, debe hacer el uso del poder público del que esta investido para aprovecharse de ello. Es lo que se llama el aprovechamiento de una posición de poder público al momento de la comisión de la conducta desviada.

5.- La existencia de un perjuicio. El acto de aprovechamiento ilícito deberá implicar una lesión o perjuicio a un bien jurídico protegido aunque no sea verificable de manera objetiva, tal es el caso de las infracciones que afectan el medio ambiente en donde los perjuicios son difusos. Sin olvidar que esta ecuación oculta un perjuicio que afecta a todo el conjunto de ciudadanos titulares de los bienes públicos, es decir a toda la sociedad, incluido el Estado que encarna el concepto de sociedad organizada.

6.- Ocultamiento.- Las acciones de los funcionarios públicos que realizan actos de corrupción generalmente son ocultos o camuflados a los controles

3. Ariel Todarello, ob.cit.

administrativos o políticos de rigor. La esencia de estas conductas desviadas es su estatus de invisibilidad que se persigue. El ocultamiento forma parte del entramado delictivo porque las acciones y esfuerzos por permanecer en ese estado constituyen los indicios y las evidencias del injusto penal o administrativo.

En conclusión, las particularidades de un acto de corrupción implica la existencia y la conducta (activa u omisiva) de un funcionario público que vulnera deberes impuestos por el ordenamiento jurídico concernientes al correcto ejercicio de las funciones inherentes a su cargo. Esta actitud desleal a la norma jurídica tiene por objeto conseguir beneficios extra posicionales, fuera de los que la ley le otorga por ser funcionario público, los mismos que no necesariamente deben ser económicos sino de otro carácter que signifiquen ventajas irregulares e ilegales. Esta vulneración busca el ocultamiento o la invisibilización de estos actos ilícitos para evitar la represión jurídica y administrativa de cuya existencia están conscientes más allá de las pocas o grandes probabilidades de que efectivamente se descubra[4].

1.3.3.- La corrupción institucionalizada.

Si penetramos el escenario en el que debuta este fenómeno moderno de la corrupción, a nivel global o particular, no dejamos de advertir ciertas particularidades que van definiendo la gravedad que se devela producto de la interacción entre los diferentes agentes comisivos. Una cosa diferente es que los actos de corrupción, definidos anteriormente, se produzcan de manera esporádica ejecutados por un individuo en una institución determinada; y otro asunto diferente es que los actos de corrupción sean cometidos de manera habitual y continua, con aparentes controles organizacionales, dentro de lapsos de tiempo lo suficientemente permisivos sobre los que no se ejerza un control permanente. De darse el caso así propuesto, las conductas irregulares de

4. http://www.bez.es/128815011/percepcion-espanoles-corrupcion-.html La falta de publicidad de un contrato público no significa que detrás de la oferta haya algo ilegal. Sin embargo, la transparencia podría haber evitado muchos de los actuales casos de corrupción, cuyo origen y desarrollo se encuentra en la falta de control que se hace del dinero público. La opacidad ha favorecido el delito y, a pesar del estupor generalizado, la mayoría de las instituciones públicas españolas siguen sin dar información sobre los contratos que firman con empresas y proveedores, según concluye un informe elaborado por Transparencia Internacional (TI) con la colaboración del Observatorio de Contratación Pública (OBCP)..." En ste negocio representa cerca del 18,25% del PIB. La opacidad de los contratos públicos sigue siendo una lacra en España

aprovechamiento individual de los bienes y recursos del Estado estaría favorecida por un estado de corrupción institucionalizada cuyos efectos multiplicadores y tendenciales a mantener conductas irregulares caerían dentro del campo perceptivo de la impunidad.

En los sistemas de casos aislados, los entes de control desempeñan un papel importante de vigilancia y castigo a los actos de corrupción a todos los niveles jerárquicos de la institución. En la corrupción institucionalizada fallan los sistemas de control a todos los niveles y las expectativas de impunidad por actos irregulares perjudiciales al Estado se incrementa causando un efecto multiplicador de actos ilícitos, a tal punto que su práctica se convierte en un elemento importante de la cultura institucional como práctica normal en la que los controles correspondientes son considerados como adversos a la "legitimidad" con la que operan ciertos funcionarios.

En una sociedad con instituciones culturizadas hacia la corrupción el servicio público, o las funciones destinadas a satisfacer el bien común de manera eficiente y justa, se convierte en un sistema de trabas y dificultades diseñado para ofrecer a los usuarios una contraprestación de solución de conflictos a cambio de favores particulares en beneficio del funcionario público. En estos sistemas institucionalizados de corrupción las razones individuales que podría haber tenido en relación con las concepciones éticas o morales de los terceros o de los usuarios del sistema, se ven desbordadas por razones de carácter sistémico sin las cuales sería imposible conseguir el servicio público deseado o el beneficio contractual, cuando se trata de la contratación pública. Los particulares estarían en una situación de evidente desventaja si al proponer una cotización sobre un producto que se le quiere vender al Estado en cuyo costo de oferta no se incluyan otros adicionales como el valor de la coima, de los trámites, y de cualquier otra eventualidad que normalmente sufren los ofertantes.

En conclusión, un sistema institucionalizado de corrupción se caracteriza por:

1.- Es un sistema que no soporta actos de corrupción aislados y circunstanciales sino que tienen una continuidad duradera en tiempo y espacio y en el alto número de actos irregulares que se cometen en todos los diferentes niveles de la organización.

2.- Que estos sistemas institucionalizados de corrupción han desarrollado un entramado complejo y poderoso de relaciones sociales compuestas de firmes intereses particulares que tienen una grave connotación de ilegalidad, de violación las normas de control, de inobservancia de normas constitucionales y de otras reglas del ordenamiento jurídico[5].

3.- Desarrollan procesos virtuales que se imponen a la norma jurídica transformándose aquellos en procedimientos de facto en los que se cumplen con fidelidad cláusulas de secreto, silencio y confidencialidad. Constituyen un entramado virtual de organizaciones al interno y en el plano externo de las instituciones con las que se conjuga toda clase de prestaciones y contraprestaciones al margen de la ley y en detrimento del interés general.

4.- La existencia de un sistema de control de la corrupción deficiente, por no decir, inexistente. Uno de los piulares de estas organizaciones o prácticas de corrupción es la cooptación de los órganos de control y fiscalización de las instituciones para blanquear los actos irregulares. Esta situación de corrupción generalizada e institucionalizada ha incrementado los niveles de percepción de impunidad que tiene la ciudadanía en relación con la administración de los bienes del Estado, en especial en lo que tiene que ver con la contratación pública.

1.3.4.- Tipología de los actos de corrupción.

Clasificar los diferentes tipos de actos de corrupción es una tarea difícil por cuanto al ser éste un fenómeno multisectorial y multidisciplinario su presencia agota todas las posibilidades de escenarios en los que pueda estar presente, al igual de las múltiples áreas en las que se manifieste, así como los diversos ac-

5. "...Transparencia Venezuela también resalta en el informe el establecimiento de leyes y de jurisprudencias que legalizan la opacidad. Entre 1999-2014 se promulgaron 60 normas que violan o limitan el derecho de acceso a la información pública, de un total de 475 instrumentos legales. "Venezuela no cuenta con una ley de acceso a la información, lo que limita el conocimiento sobre la ejecución y garantía de derechos". En este informe se analizan las obligaciones del Estado venezolano a favor de la transparencia, acceso a la información, programas sociales, dependencia judicial y la lucha contra la corrupción. Dicho informe, basado en el marco legal, se sustenta por investigaciones realizadas por la organización durante el periodo 2012-2016...". Ver más en http://www.cuentasclarasdigital.org/2016/03/transparencia-venezuela-lucha-contra-la-corr Ultima consulta realizada el 03 de octubre del 2016 a las 10h42

tores involucrados en ella. Realizaremos una breve clasificación tomando en cuenta los parámetros generales establecidos y que son de deducción simple.

1.3.4.1.-- De acuerdo con el escenario en donde se desarrolle.

Los actos pueden ser nacionales e internacionales. La corrupción será nacional cuando evidentemente se produzca en el país y con actores que no representen a otro país. La internacional es la que mayor preocupación genera en la actualidad dada las condiciones erigidas por el fenómeno de la globalización. La interacción de países y mercados, de libre flujo de mercancías, bienes y servicios, con participación de empresas privadas y públicas que ha adquirido dimensiones colosales como actores y oferentes del negocio estatal de la contratación de bienes y servicios, el fenómeno de la corrupción con participación de agente extranjero en un país es una realidad que necesita urgente intervención del Estado nacional y de la comunidad internacional porque las dimensiones del perjuicio a un Estado desborda el plano meramente económico y abarca otras áreas sensibles para la existencia de una sociedad civilizada. Tal es el caso del tráfico de armas, tráfico de drogas, tráfico de migrantes, tráfico de órganos humanos, tráfico de productos químicos letales, trata de personas, prostitución, niños, lavado de activos, blanqueo de capitales, etc.

Todas estas mafias internacionales constituidas por empresas privadas y públicas extranjeras, comunitarias y ONG's han desarrollado un entramado organizativo con la participación de funcionarios públicos que les permite desarrollar sus actividades y negocios a costa de la inseguridad y destrucción de bienes jurídicos importantes para los ciudadanos de una comunidad. La corrupción enquistada en el sistema institucional del Estado ha facilitado la actuación de muchos funcionarios en la realización de operaciones mercantiles, comerciales, bursátiles y financieras que la legislación ecuatoriana la condena y la reprime. El factor multiplicador de la corrupción internacional tiene relación directa con el monto alto de la transacción, con el tiempo de resolución de los conflictos, con el nivel de tecnología, con las utilidades que genera, el grado de dificultad legal y la trama burocrática. Factores en función de los cuales los montos del pago a funcionarios públicos son muy altos.

1.3.4.2.- Según el número de personas que participen.

Existen actos corruptos cuya conducta se agota en el resultado por la sola actuación de una persona. Es decir, el tipo penal o administrativo se consuma por la ejecución de actos en los que su única participación basta, excluyendo la necesidad de contar con la colaboración o participación principal de otros agentes activos. Por ejemplo, la apropiación indebida de fondos públicos.

Por el contrario, la realización de otros actos irregulares necesita para su consumación la interacción a nivel de participación de otros actores coadyuvantes en la realización del acto típico. Por ejemplo, el cohecho.

1.3.4.3.- Por el nivel de exigencia social de criminalización.

La opinión pública tiene niveles de reacción diferentes ante hechos cifrados como corruptos. Los índices de reacción no son los mismos dependiendo del grado de internalización que la ciudadanía tenga sobre la gravedad de una conducta desviada. Frente a un determinado hecho la opinión pública reacciona exigiendo la judicialización y el castigo respectivo como respuesta al acto que según sus propias convicciones considera es de suma gravedad a los intereses de la colectividad. Esta posición genera igual reacción de las autoridades judiciales y policiales desplegando actos que vayan a calmar en parte ese deseo de justicia que clama la sociedad. Pero del mismo modo, la sociedad frente a otros actos corruptos, tiene sentimientos encontrados y su nivel de exigencia a la intervención de las autoridades estatales no tiene las mismas características de exigencia que los actos graves del primer grupo. Finalmente existe un grupo de conductas desviadas que a los ojos de la comunidad no revisten la importancia porque tienen una percepción que minimiza el riesgo/daño tolerado por esas conductas al punto de constituirse en actuaciones que siendo corruptas gozan de cierta permisibilidad social. El nivel de exigencia es mínimo o es inexistente pese a la ilicitud de la conducta y a la tipificación penal del acto de corrupción.

Los factores subjetivos e intersubjetivos comunitarios posibilitan que la sociedad considere una conducta como permisiva en función de diversas circunstancias como el lugar, por ejemplo las actividades de contrabando menor

en las fronteras, actividad de la que depende la sobrevivencia de muchas familias pobres y de la cual los funcionarios públicos encargados de su control, que reciben pequeñas coimas, poco o nada pueden hacer dada la resistencia total de esa comunidad a la implementación de procedimientos de cumplimiento de la ley.

No podemos estar de acuerdo que se la denomine en función de la exigencia de criminalidad porque la conducta reprochable esta criminalizada y consta como infracción penal o administrativa. La exigencia es en la judicialización de esta conducta criminal puesto que no puede haber criminalización de una conducta que ya está reconocida como infracción. La opinión pública no suelo exigir castigos para conductas que no constituyen delitos ni infracciones[6].

1.3.4.4.- En relación con el porcentaje que se apropia el funcionario público.

Si quienes en calidad de servidores de la administración pública reciben en sus manos el monto del costo real de los servicios prestados por la institución más un pago adicional por su "intervención" y agilidad en el trámite, deciden ingresar a las arcas públicas solamente el costo real y legal del servicio cometen un acto de corrupción parcial. Pero si deciden llevarse para su beneficio propio todo el pago entregado o realizado por el usuario, es decir, el costo real y el pago por sus servicios, estamos frente a un tipo de corrupción total.

Desde el plano de las políticas públicas criminales el dato de la corrupción total es verdaderamente importante porque es un indicativo clave en la detección del nivel al que ha llegado la práctica de conductas irregulares en un

6. Exigencias sociales se han visibilizado en varios pasises en los ultimos años. En valencia España por ejemplo "...Miles de personas -algo más de 3.000 según los organizadores- se han manifestado hoy por el centro de Valencia para clamar contra los corruptos y exigir justicia y la depuración de todos los casos de corrupción de la Comunidad Valenciana. "El pueblo valenciano contra corrupción, tolerancia cero ha sido el lema de la manifestación, convocada por más de 75 entidades sociales, sindicales, políticas y ONG tras las últimas detenciones e imputaciones de miembros del PP por el caso Imelsa. Valencia, 7 febrero 2016. Ver en http://www.lasvocesdelpueblo.com/exigen-justicia-y-depuracion-de-todos-los-casos-de-c En El Clarin.com Política 31/03/16 La sociedad exige corruptos presos ahora http://www.clarin.com/politica/sociedad-exige-corruptos-presos-ahora_0_1550245431.htm http://proceso.hn/component/k2/item/103662-propuestas-para-combatir-la-corrupción-e consultadas el 4 de octubre a las 11h21

nivel institucional determinado y sobre cual deben ser las medidas de control a implementarse para neutralizar estas desviaciones.

1.3.4.5.- La corrupción en función de la jerarquía del sujeto activo donde se origina.

La administración pública y sus instituciones están estructuradas sobre la base de una organización jerárquica con funciones perfectamente delimitadas en la ley. Si los actos reprochables se originan en las altas esferas decisionales de la administración, en las cúpulas administrativas, estaremos en el caso de una corrupción de primer grado. Mientas que si el origen se localiza en los estratos del más bajo nivel estaremos frente a una corrupción de segundo grado ascendente hacia los niveles más elevados.

La dinámica de los actos de corrupción pueden ser de arriba hacia abajo o viceversa., con división de beneficios en forma proporcionada y en los que los actos de corrupción pueden verse diferenciados entre los que ejecutan el acto y los que lo permiten impidiendo la operacionalización de los mecanismos de control legal o de facto. Puede decirse que el sistema de corrupción de segundo grado es el más efectivo porque las decisiones facilitadoras de los actos administrativos que aseguren el resultado deseado se procesan de manera más rápida y eficiente. El nivel de combate y de control de este tipo de conductas deben concentrase en los niveles más altos de control y vigilancia. Sería imposible fijarse como límite de control una intolerancia cero a los actos de corrupción porque sería un objetivo irrealizable no solo por su naturaleza humana sino porque en términos de eficiencia de la administración, ésta transformaría a la institución demasiado lenta y onerosa, cuyos costos operativos superaría los beneficios que prestaba a la sociedad cuando no se ejercía ningún control anti corrupción sobre ella.

Para nadie es desconocido que los costos de control de la corrupción están en relación directa con el nivel de eficiencia y eficacia en la prestación de servicios, y porque los límites del gasto estatal en esta clase de operaciones son demasiado onerosos y desvirtuarían los verdaderos objetivos de prestación de servicios que tiene la administración estatal.

1.3.5.- Tipos penales de control formal de los actos de corrupción en la administración pública.

La corrupción en la administración publica en relación con la prestación de servicios, especialmente en materia de contratación pública, se manifiesta mediante conductas consideradas, en diversos momentos históricos y políticos, como delitos por parte de la legislación penal en el Ecuador. No son los consensos societales ni la emergencia de una preocupación nacional las causas que obligaron al legislador a realizar a tipificar ciertas conductas corruptas como delitos, si provenían de los más altos niveles jerárquicos de la administración del Estado. Fueron los compromisos internacionales que el Estado ecuatoriano adquirió como consecuencia de la firma de varios convenios internacionales en contra de la corrupción, lo que a regañadientes motivó que la clase política los transforme en leyes sancionatorias.

Efectivamente, la penalización de la corrupción en la contratación pública tiene como fuentes punitivas a la Constitución de la Republica y al Código Orgánico Integral Penal, y como fuente legal la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin olvidarse de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Previo al análisis de los tipos penales es necesario recordar algunos puntos que en parágrafos anteriores dejamos de precisar. Por ejemplo, la forma como se expresa la administración pública con sus administrados es por medio de actos de voluntad en cuyo contenido debe estar implícito el interés personal del funcionario público, camuflado de interés general comunitario.

El aspecto objetivo de esta expresión de voluntad publica viene a constituir el acto administrativo por el cual se concreta el abuso de poder en la celebración de contratos irregulares con los agentes privados, en esta parte no podríamos afirmar que se trata de un acto de corrupción todavía porque el aspecto material de la corrupción se materializa en la ejecución misma del contrato

como escenario de concreción del beneficio-perjuicio para el particular, el funcionario público y el Estado. Estas fases que las estudiaremos después son importantes tenerlas en cuenta para diferenciar tentativas de actos delictivos consumados y para evitar la penalización de conductas penalmente irrelevantes, aunque administrativamente no lo sean.

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, fue expedido mediante Registro Oficial N. 180 del 10 de febrero del 2014. En la exposición de motivos, punto cinco, el legislador establece como fundamento de la tipificación de los delitos allí contenidos el compromiso del Ecuador a realizar esta tarea por exigencia adquirida en los convenios internacionales suscritos y ratificados por nuestro país.

La Convención Interamericana contra la Corrupción[7], suscrita por casi todos los países latinoamericanos, en su búsqueda de proporcionar y concretar esfuerzos internacionales de lucha contra un fenómeno internacional, conminó a los estados firmantes incluir como delitos varios tipos penales en las respectivas legislaciones. Define que es un acto de corrupción, el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional, y de otras conductas que han sido singularizadas por las legislaciones penales. La corrupción como objeto de análisis, es entendida como la utilización ilegal de los medios y funciones del sector público en beneficio de sus funcionarios y terceros. Existe evidente-

7. Artículo VI

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

mente la corrupción entre personas privadas, objeto de igual preocupación de los organismos internacionales por la relación directa con la distorsión de los mercados y de la economía en detrimento de los países en donde se la práctica.

1.4.- TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS EXPLICATIVAS DE LA CORRUPCIÓN

1.4.1.- Introducción.

Las conductas desviadas tomadas a partir de un acto decisional del funcionario pública, con abuso de poder que persigue beneficios económicos o situacionales, es el objeto de estudio de la criminología de la corrupción. Este es un fenómeno con presencia cada vez más preponderante en los medios de comunicación y en los juzgados del país con efectos determinantes para la construcción de un imaginario negativo que de por sí ya tienen los ciudadanos respecto de las actividades contractuales estatales.

...

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Convenion Interamericana contra la corrupcion. "...Artículo VII.LLegislación interna. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.Artículo VIII.Soborno transnacional.Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.Artículo IX Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan..."

Cualquier solución a este fenómeno roedor del bienestar de la sociedad moderna a veces ha caído en la trampa de la simplicidad de su tratamiento. La corrupción como fenómeno social es muy complejo y se requiere un abordaje desde diferentes puntos de vista para pretender plantear un entramado de soluciones efectivas. La asunción de un reto como el anotado anteriormente requiere un esfuerzo inicial un tanto incomodo porque debe abordar obligatoriamente un análisis de la etiología de la corrupción desde una base multidisciplinar.

Existen múltiples teorías interesantes que proporcionan una explicación sobre el origen de la corrupción. Algunas parten desde la óptica de la noción de oportunidad que más se interesa en las formas de aparición de la corrupción y las maneras de prevenirlo partiendo de la hipótesis de que existen individuos motivados a cometer delitos. Clarificar esos factores etiológicos de la motivación puede llevar a plantear soluciones que contribuyan a una desmotivación que retroceda su predisposición al mínimo controlable.

Varios autores y criminólogos como Cohen asegura que el crimen se comete cuando existe un punto de convergencia de tres factores interrelacionados: objetivo adecuado, delincuente motivado y ausencia de control o vigilancia. Arrancando desde el concepto del libre albedrio de un individuo ejerciendo una operación racional de decidir si comete o no el delito, previo análisis sobre la posibilidad de su captura y el aumento o disminución de sus ganancias. La posición del servidor público es una operación racional y de oportunidad que presupone la existencia de un hombre predispuesto al acto de corrupción motivado por aspectos de carácter individual y personal y por otra parte motivado por aspectos de carácter estructural.

En relación con la primera motivación el sujeto hace un balance de los riesgos que va asumir, sus beneficios y ganancias posibles, los cuidados que debe tener, el riesgo de ser descubierto y atrapado por el sistema penal y el contexto social que espera le favorezca para el cometido.

La segunda motivación tiene que ver con la oportunidad del ejercicio de una potestad discrecional dentro del complejo de atribuciones que tiene por su calidad de funcionario público. Las posibilidades que realiza se incrementan con factores de control social formal e informal, como es por ejemplo

la ausencia de veeduría total o parcial de órganos o autoridades que deben vigilar sus actividades. A mayor control menor posibilidades de realizar actividades de corrupción a partir de actos discrecionales. Pero la ausencia de control no se refiere únicamente al ámbito interno donde desempeña sus funciones el sujeto servidor sino al ámbito exterior, en las potencialidades del sistema penal y las posibilidades de impunidad que tiene el sistema penal en la persecución de los delitos de corrupción; en las disfuncionalidades de los organismos de control como la Contraloría y los sistemas de auditorías institucionales y estatales en la detección de irregularidades; en el margen de criminalización de estas conductas no incluyentes como delitos; de la existencia de un espectro extendido de conductas tipificadas como delitos y que al momento de sopesar el costo beneficio del acto de corrupción, el servidor público determina su viabilidad. En suma, analiza la cuantía y la efectividad de guardianes de control de sus actividades.

Esta teoría de las oportunidades resume los tres factores mencionados: funcionario motivado, oportunidad y ausencia de vigilancia, debe servir de sustento para el diseño de una política de prevención contra la corrupción de iniciativa estatal. Es decir, deben atacar el estado de alta motivación del servidor con instructivas de elevación de la conciencia cívica, ética y social a través de una estrategia educativa que ponga énfasis en la responsabilidad cívica y ciudadana del sujeto, trabajando dentro de la prevención positiva.

La oportunidad debe combatirse con la constante revaluación y sistematización de los mecanismos de transparencia en los procesos de contratación pública mediante mecanismos de acceso universal y no restringido a los medios de comunicación y veedores que puedan alertar sobre procesos viciados de legalidad. La falta de control se solucionaría a través de las auditorias periódicas de desempeño, así como también con la optimización del sistema penal a través de una política de cooperación, disminución de la impunidad y la tipificación de conductas en el ámbito penal, sin pretender con ello caer dentro del fenómeno del expansionismo penal.

Supuestos factores como el educacional a través del cual se trata de explicar la corrupción como un efecto de la falta o de la deficiente educación recibida por parte del corrupto. O como un producto de concepciones y costumbres arraigadas en la memoria cultural de los pueblos, como el familiaris-

mo que es una práctica aceptada y aprobada por la comunidad por la cual se cree que los funcionarios públicos están en la obligación moral de beneficiar a su familia dentro del ámbito de su gestión. También se trata de explicar en la arraigada concepción de que la corrupción tienen raíces históricas en la venta de cargos públicos desde la época de la colonia como una oportunidad de devengar lo pagado por su cargo dada la volatilidad de su permanencia, pretendiéndose justificar en condicionamientos histórico culturales. No son poco los autores que ven el fenómeno de la corrupción en los servidores públicos a imposiciones sociales economicistas muy enraizadas en el imaginario social, por las que se cree religiosamente que el éxito personal es el éxito económico que consiga alguien en el ejercicio de su cargo. Una persona exitosa es aquella que consigue tener grandes fortunas sin importar que los medios sean de dudosa legalidad, pero que si se trata de los erarios del Estado, esta apropiación indebida se justifica. No faltan las explicación socio-económicas que justifican la corrupción porque el funcionario público no está debidamente remunerado por las actividades que realiza y su sueldo no satisface las necesidades de su familia y de su posición; o porque los probables beneficios que vaya a obtener por la conducta desviada del servidor público sea superior a los riesgos que eventualmente pueda sufrir; o porque sus actuaciones se esconden bajo el manto de la discrecionalidad y falta de control.

Todos estos factores son insuficientes para explicar el fenómeno criminológico de la corrupción debido a la generalidad de su presencia en todas las facetas y escenarios dentro de la dimensión espacio – temporal de la toda la humanidad. No existe sociedad en la que la presencia de todos estos factores no haya incidido en la aparición de este fenómeno. Todos han sido estudiados desde una perspectiva sociológica pero considero que requieren una detallada exposición y desarrollo para entender y dejar sentadas algunas bases en relación con los aspectos etiológicos de la corrupción..

Utilizaremos el marco teórico y las conceptualizaciones de algunas de las escuelas criminológicas más importantes que pretendieron y pretenden hasta la actualidad explicar el origen y las causas del delito. Solamente aludiremos a categorías generales de cada una de ellas para extraer los marcos explicativos que nos permitan anotar ciertas características criminológicas del fenómeno de la corrupción en la contratación pública.

1.4.2.- Teoría de la elección racional

En la contratación pública la motivación de quien coima al funcionario público y de quien acepta la misma es la obtención de un beneficio personal que visto a futuro le llevará a su ansiada auto realización. Según manifiesta Argandoño, en relación con esta criminología del costo – beneficio, que la corrupción está en un proceso de captura del poder político del Estado por entes ajenos a él para extraer el mayor beneficio posible produciendo un daño irreparable en la estructura del Estado democrático, de la confianza pública y de su economía. Desde la perspectiva del funcionario público manifiesta que " *... Esos agentes acabarán descubriendo y explotando todas las oportunidades de beneficio privado que se les presenten, incluyendo el recurso al soborno, la extorsión y otras formas de corrupción, y que además crearán las condiciones que les permitan aumentar las posibilidades o la rentabilidad de soborno o extorsión siempre que los costes de esa actividad no superen los beneficios esperados (...)Así pues la corrupción es un fenómeno natural e inevitable, al menos mientras algunos agentes estén en condiciones de aprovecharse de su poder de decisión...*"[8]

El delincuente o corrupto busca obtener utilidades de la acción que va a emprender, lo que conduce a la adopción de elecciones y decisiones racionales tomadas no solo en función de la necesidad mediata o inmediata del delincuente sino del escenario y de la información que éste posea. Si la diferencia entre cometer el delito y no cometerlo es un alto monto de ganancias el delincuente lo cometerá si y solo si el riesgo de ser descubierto es menor. Como ya mencionamos, los corruptos no son enfermos mentales ni cleptómanos por lo que su comportamiento será muy racional. Si un funcionario público tiene estabilidad laboral, buena remuneración, buenos beneficios adicionales, posibilidades de ascenso y reconocimientos a su labor, igualmente tendrá menos posibilidades de cometer actos de corrupción porque si piensa racionalmente realizar actos corruptos tendrá un riesgo mayor a recibir los beneficios de su trabajo.

8. Argandoño Antonio (2000).Sobre la corrupción. IESE. Universidad de Navarra.. Pág. 45.

9. Serrano Maillo Alfonso (2008).Introducción a la Criminología. Editorial Dikinson. Lima. Pág. 302.

Serrano Maillo[9] admite una serie de críticas a esta teoría porque muchos autores la han extremado a tal punto de pretender adjudicarla la figura de un funcionario público autómata, frio y calculador, cuando en verdad los sujetos toman decisiones racionales limitadas por cuestiones cognitivas y circunstanciales que lo rodean, a diferencia de las criminologías positivistas, esta teoría considera al delincuente como un ser racional y normal.

1.4.3.- Teoría de las actividades rutinarias.

Esta teoría se relaciona con la elección racional y considera que las actividades rutinarias de la vida diaria influencian la oportunidad criminal de las personas. La criminalidad de ésta se encuentra determinada por factores como la motivación, las víctimas apropiadas y ausencia de controles efectivos para prevenir esta acción delictual. Las actividades rutinarias que las personas realizan diariamente, en una sociedad modernizada y con un incremento considerable de todos tipos de riesgos, hace que exista una mayor exposición a seamos objetos de la delincuencia. No olvidemos que el delincuente es un ser racional que busca un objeto apropiado para hacerse de él y una ausencia de vigilantes formales o informales.

Los mismos factores que permiten mayor seguridad y ventajas de la vida moderna ahora contribuyen al incremento de la criminalidad "... debido a las actividades recién descritas, los sujetos pasan menos tiempo en su comunidad, se conocen menos entre ellos, etc., de manera que el control social informal, que desempeña un papel decisivo en la prevención del delito, se reduce y consiguientemente, se favorece el aumento de la delincuencia..."[10]

Los aspectos que influyen en la psicología del funcionario público son:

1.4.3.1.- Psicología de la motivación.-

La satisfacción o insatisfacción de necesidades básicas como el amor, la

10. Serrano Maillo Alfonso (2008). Ob. Cit. Pag. 307..

estima, el poder, la afiliación, la seguridad, etc. producen una motivación en el individuo para cometer o realizar ciertas conductas (actos de corrupción, por ejemplo) las mismas que son analizadas por la psicología de la motivación. Si un funcionario público no tiene la estabilidad y la seguridad de su permanencia en el cargo público lo más probable es que cometa actos de corrupción para asegurar su supervivencia una vez que haya sido separado de su cargo. En el tráfico de influencias el funcionario público demuestra su búsqueda de importancia ante los demás, una consideración personal de imprescindibilidad, de reconocimiento y admiración aunque no siempre se traduzcan en un beneficio económico.

1.4.3.2.- La motivación de los delincuentes.-

¿Cuál es el escenario perfecto para delinquir en la administración pública? Entre las más mencionadas está la discrecionalidad, el número de personas que participan en estas decisiones discrecionales y la inexistencia de procedimientos de control del poder discrecional de los funcionarios. En la LOSNCP, por ejemplo, el monto de los anticipos que se entrega al contratista es discrecional y no existe un criterio objetivo en función del cual se limite esta facultad.

1.4.3.3.- Las víctimas.-

Este importante elemento de la oportunidad puede dar lugar a teorías explicativas sobre cierta etiología del delito sino también sobre las causas por las cuales una persona es víctima de un delito. La Victimologia tiene mucha razón de existir como una disciplina que nació fruto de esta teoría.

La ausencia de procedimientos rutinarios de control incrementa el índice de criminalidad. Los controles administrativos institucionales, los de la Contraloría General del Estado, los de la Procuraduría General del Estado, los del Concejo de Participación Ciudadana, los que provienen del control social ciudadano institucionalizado en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y los de la Fiscalía General del Estado deben ser más frecuentes y minuciosos a fin de evitar escenarios de déficits de control en la contratación pública.

1.4.3.4.- Delitos de cuello blanco.

Es oportuno aclarar que los estudiosos de la criminalidad económica, marco en el que se desarrollan estas conductas, no mantienen un criterio unívoco de denominación. Así encontramos que se utilizan indistintamente términos como "delitos económicos", "delitos financieros", "delitos profesionales", "delitos ocupacionales" "respetable crimen o el crimen de los poderosos", entre otros. Se advierte igualmente que si bien algunos autores realizan disquisiciones entre los términos antes sugeridos en general los textos los utilizan dejando un amplio margen de discrecionalidad para determinar las conductas a las que se refiere. Estos delitos se los puede definir como aquellos cometidos por personas de un alto nivel social y político en el ejercicio de un cargo público y que lo hacen de manera recurrente[11].

En estas actividades siempre se encuentran involucrado negocios y recursos del Estado junto a verdaderas mafias adineradas dueñas de los contratos públicos más altos e importantes. Forman una trilogía de acero conformada por empresarios, los políticos y los administradores de Estado, en sus diferentes niveles. Los políticos financian sus campañas electorales con dinero proveniente de los empresarios quienes buscan comprar su derecho a la participación del erario nacional a través de la adjudicación de los grandes contratos de servicios u obra pública en condiciones ampliamente ventajosas para los mismos. Estos a su vez comparten su beneficio con los administradores del Estado y con los políticos que los ayudaron. El rol de sus papeles se alterna convirtiéndose en una poderosa, exclusiva y dinámica organización delictiva cuyos integrantes gozan de los privilegios del poder.

Si bien la definición en sí misma asigna características específicas, otros autores la complementaron, de este modo consideran que la delincuencia de cuello blanco se distingue del resto por:

- La lesión de la confianza en los negocios.

11. Sutherland Edwin (1993). Los ladrones profesionales. Editorial La Piqueta. Madrid. Pág. 130.

- El uso de la credulidad o ignorancia de la víctima, una especial astucia (apariencia legal del hecho) o afección de vastos sectores de la población, e incluso a países enteros. Todo lo dicho torna prácticamente imposible la identificación del autor

- La circunstancia de que la sociedad tenga conciencia de la ilicitud del hecho pero no de su trascendencia criminal

- La imagen de honorabilidad del autor, debido a su posición política, social y económica. Su respetabilidad obligó a establecer una relación cercana entre poder económico y poder político.

- La escasa visibilidad del delito

- La volatilización de la cantidad de víctimas.

- Las estructuras anónimas de comunicación.

- El no aparecer en las estadísticas criminales a pesar del alto costo social causado; sea por la imposibilidad de desenmascararlos, o por los obstáculos para perseguirlas por vía de la administración de justicia penal.

Ya en el marco de la contratación pública, los delitos de cuello blanco, por tanto, son delitos económicos porque los funcionarios públicos se manejan entre lealtades a este grupo privilegiado o a sus familiares en un sistema rutinario y hasta normal en donde participan profesionales expertos en contratación pública del área de la ingeniería, arquitectura y de las finanzas. Los participantes de los delitos de cuello blanco están organizados: los políticos recaudan fondos para su campaña, buscan el financiamiento que les otorgan los empresarios y profesionales para que una vez en el cargo público adjudicar contratos con el propósito de repartir utilidades entre todos los socios. Mientras tanto, la ejecución de los contratos con sobreprecio se llena de irregularidades al emplear materiales de menor calidad entregando obras deficientes causando perjuicios millonarios a la comunidad y a los recursos públicos.

Es importante sobresaltar que en este tipo de delitos el sujeto activo de los mismos paradójicamente nunca pierde el estatus de grandes personajes en el

país a quienes la prensa los trata como si continuaran siendo grandes figuras honradas de la política, reconociendo la influencia y el poder sobrevivientes a los grandes negociados y actos de corrupción en los que estuvieron involucrados.

1.4.3.5.- Otros enfoques criminológico y sociológicos.

1.4.3.5.1.- Teoría de la asociación diferencial o el aprendizaje social

Fue postulada por Edwin H. Sutherland, de la Escuela de Chicago, y rompe con el modelo explicativo de encontrar las causas del delito en aspectos biológicos, genéticos u legales, y considera que las organizaciones sociales se encuentran en una situación diferenciada. Cada sector social posee una jerarquía de valores propia. La crítica feroz que tuvo esta teoría fue que Sutherland al plantear que el fundamento comunicacional del delito como un tipo de conducta que se aprende no explicó el cómo se produce este aprendizaje.

Según esta teoría la conducta criminal es aprendida mediante la comunicación social, en el interior de un grupo restringido donde se establecen relaciones personales (igual que cualquier otro modelo de comportamiento). Estas asociaciones tendrán más o menos influencia en la formación del individuo de acuerdo a la frecuencia, duración, intensidad con que se entablen. La formación criminal comprende tanto la enseñanza de técnicas para cometer infracciones simples o complejas, como la de aquellas necesarias a fin de seguir orientando estos comportamientos como un proceso racional y lógico en los individuos de ese grupo social.

Para Anitua[12] el principio de contacto diferencial indica que una persona se convierte en delincuente porque en su medio hay más definiciones favorables a infringir la ley y porque se lograr aislar a los grupos que se inclinan por respetarla. El aprendizaje del comportamiento delictivo no es producto de un problema de socialización sino al contrario, tiene que ver con el éxito de la socialización de unos valores diferentes a los de la ley. Ese aprendizaje no es

12. Anitua Gabriel ((2005). Historia de los pensamientos criminológicos. Editores del Puerto. Buenos Aires. Pág. 3051

solo de valores sino de técnicas de delito, unas sencillas y otras muy elaboradas de acuerdo al grado de profesionalización en el campo delictual.

Varios criminólogos coinciden que según esta teoría la etiología criminal no se radica en aspectos biosicológicos de la persona o del delincuente sino que se ubica en las respuestas que proporciona un sujeto en un contexto real dado, lo que genera procesos de aprendizaje que los va interiorizando. El crimen se aprende como consecuencia de relaciones interpersonales y con el Estado, nace como un producto comunicacional y no es algo que se hereda sino que se genera por sí solo.

Sutherland definía al delito de cuello blanco como una asociación entre clases sociales económicamente altas que ejercen o forman parte del círculo del poder político local o nacional, lo que les garantizaría cierto margen de impunidad. De tal forma que basta ver la composición de la población carcelaria del Ecuador y podremos constatar que entre sus componentes muy rara vez existe un privado de la libertad perteneciente a esta clase alta, a sabiendas que estadísticamente organismos internacionales nos consideran miembros del grupo de países con altos índices de corrupción.

En relación con los delitos de cuello blanco Sutherland evidenció las falencias de las teorías explicativas del delito que se basaban en las condiciones psicológicas, genéticas, biológicas, por la pobreza del delincuente como un ser inferior y anormal. Los delincuentes de cuello blanco no reunían estas características por lo que había que dar otra explicación más aceptable del delito que explique unitariamente la delincuencia de las clases ricas y pobres.

La teoría de los contactos diferenciales sostiene que la delincuencia económica o de cuello blanco es un comportamiento aprendido. Es decir, que estos delitos integran la forma socialmente admitida de hacer negocios entre determinados grupos y ello sucede entre los mismos hombres de negocios que trasmiten de generación en generación un código valorativo distinto del legal, y con un exceso de opiniones favorables a infringir la ley, sumado a la conducta de la sociedad y del estado que no censuran este tipo de comportamientos sea por falencias estructurales en la cantidad de juzgados y de ausencia de normativas penales especiales para abordar jurídica y eficazmente estos delitos.

Tal comportamiento se encuentra en íntima relación con una de las áreas en donde la manifestación del fenómeno criminológico se encuentra enraizada, como es el caso de los contratos de obra pública o servicios. Las élites profesionales y empresariales que participan casi en forma monopólica en los concursos públicos forman parte de grupos que tienen su propia lógica y que dentro de su historial de participación en los llamados de la administración pública a concursos contractuales, han generado un conocimiento formativo importante en su interior. Esta especie de formación delincuencial comprende un proceso de trasmisión de técnicas para cometer infracciones desde las más simples a las más complejas para fijarlas como una actitud de comportamiento normal dentro del grupo o clase. Juega un papel importante las leyes sobre las cuales el grupo construye interpretaciones favorables y desfavorables.

Si existe una criterio desfavorable mayoritario generalmente contrario al mandato imperativo de la norma jurídica el grupo la asimila como una forma de adaptarse a las reglas de juego en contratación pública, como un mecanismo protectivo y hasta legítimo de sus intereses lo que hace que el grupo pierda el efecto de la motivación pública del respeto a la ley y en su lugar adopte una serie de códigos de comportamiento criminales que lo identifica como persona y como grupo al que pertenece. El mundo de los negocios es una verdadera desorganización social anómica pero que contradictoriamente coexiste, en el medio y formando parte de un esquema unitario, entre la opinión pública y el Estado para enfrentar este delito. Por consiguiente, delineada de esta forma la teoría a fue considerada ideal a fin de determinar los factores que conllevan a la formación y desarrollo del crimen organizado.

Atendiendo la tendencia a la unificación de las teorías criminológicas e invocando la propuesta de Gresham Sykes y David Matza[13] proponentes de la **Teoría de la Neutralización**, las clases altas de alguna manera comparten los principios axiológico y éticos imperantes en la sociedad y demandantes de su inclusión en los procesos de contratación pública. Pero desarrollan una variada gama de mecanismos de auto justificación de la conducta criminal que les permiten apartarse de estos principios o pautas de comportamiento moral y continuar con sus actividades delictivas.

13. MAtza David (2014). Delincuencia y deriva. Como y porque algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley. Siglo Veintiuno editores. Traducción de Teresa Arijón. Buenos Aires.

Gabriel Kessler cree que Matza en primer término, "... refuta la hipótesis de la diferenciación, característica de lo que él llama "criminología positivista". En lugar de la hipótesis de una adscripción a valores y principios antagónicos respecto de los convencionales, señala que quien comete infracciones puede adherir a los mismos valores, principios morales y preceptos que el resto de la sociedad. Así, efectúa una primera operación incómoda para una criminología y una opinión pública preocupadas por mantener una distancia moral insalvable entre quienes quiebran la ley (o, mejor dicho, determinadas leyes) y quiénes no. En otros términos: rebate que se haya producido un proceso de socialización diferencial en los identidades y culturas radicalmente diferentes..."[14]

Según Javier Alejandro Buján(1999) "...la conducta delictiva procede de la neutralización de los valores y modelos socialmente aceptados que tienen lugar mediante el empleo de un conjunto de racionalizaciones estereotipadas del comportamiento ilegal (....) de allí que el delincuente busca de cualquier forma justificar su actuación neutralizando su propio comportamiento con miras, por un lado, a omitir, la recriminalización social de su proceder..."

Las técnicas de neutralización que según Bujan(1999) Sykes y Matza emplean, y que las hemos adaptadas a la contratación pública, son las siguientes:

a.- Presentar el acto criminal como un acto lícito. La "donación voluntaria" de algún bien al funcionario público o a la persona que éste le sugiera, por ejemplo.

b.- Presentar el acto como condicionante. Es decir, como un acto que si bien es cierto no ha sido deseado o querido por el autor, éste se ha visto en la necesidad de adoptar ese comportamiento ilegal dada la necesidad de generar trabajo para sus empleados que tienen también la necesidad de comer. Además la adopción de su posición desventajosa frente a competidores que sí tiene trabajo y que también sobornan y pagan para la adjudicación de los contratos.

c.- Presentar una deslegitimación hacia la autoridad constituida. Aducen

14. Kessler Gabriel. David MAtza. Una mirada original sobre el delito juvenil. Prólogo del libro citado de David MAtza (2014). Delincuencia y deriva. Como y porque algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley. Siglo Veintiuno editores. Traducción de Teresa Arijón. Buenos Aires.

que todas las autoridades roban. Todos los funcionarios públicos son corruptos y en todo proceso de contratación existe corrupción.

d.- Presentar una negación del daño para la víctima. Es decir minimizar el daño causado al Estado en vista de que éste se gasta su presupuesto en cosas inútiles como propaganda, exceso de burocracia, gastos, viáticos de privilegios para las autoridades. El monto perjudicado siempre se justificará como insignificante frente al presupuesto general del Estado.

e.- Presentar el acto como una lealtad superior al grupo de pertenencia.

1.4.3.5.1.1.- La delincuencia profesional

Otro aspecto cercano con la teoría de Sutherland es aquel relacionado con la delincuencia profesional y que pone énfasis en la estrecha relación existente entre la infracción y la actividad profesional más que en la pertenencia o no del autor a una clase socio económica determinada. Suaviza el criterio de que solo la clase alta es la que está determinada en el cometimiento de actos delincuenciales de corrupción sino que también aquellos que, sin pertenecer a ésta, utilizan la misma estrategia para adjudicarse los beneficios económicos de una contratación fraudulenta.

Schneider, citado por Bajo Fernández[15] califica a esta delincuencia como la de "cuello azul" cometidas por profesionales pertenecientes a la clase media que en el desarrollo de las mismas por motivo u ocasión de las actividades que prestan a la sociedad. En contratación pública esta forma de delincuencia se identificaría con las prestaciones ilícitas realizadas por los profesionales de la construcción (pequeñas constructoras, arquitectos, ingenieros) que generalmente participan en los actos concursales de contratación en las ciudades pequeñas y medianas.

15. Bajo Fernández (2005). Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa, Ara Editores, Lima Perú, pag.22.

1.4.3.5.2.- Teoría de la Anomia:

Zaffaroni[16] asegura que Durkheim es el punto de quiebre en el tratamiento del delito al considerar que éste no es un fenómeno patológico sino natural, incluso positivo, a tal punto de que su inexistencia o su reducción a bajos niveles podría constituirse un indicativo de la existencia de una patología social, de un debilitamiento del sentimiento solidario de la sociedad. En relación a su teoría podríamos dejar sentado y resumido en dos puntos fundamentales, bajo el peligro de ser demasiado sintéticos:

1.- Durkheim sostenía que la delincuencia es un fenómeno normal que no proviene de causas excepcionales sino de la estructura de la cultura a la que el sujeto pertenece y que es connatural a toda sociedad sana[17]. En sus investigaciones encontró en las estadísticas del suicidio una relación entre este fenómeno y las situaciones de bonanza o decrecimiento económico del país. Más allá del libre albedrio, las personas se encuentran sujetas a fuerzas externas de naturaleza social que no pueden ser controladas por aquellas y que influyen en el comportamiento de los sujetos. Los cambios socio – económico, políticos, culturales o familiares hacen que los individuos pierdan confianza en las leyes y normas a las que se han mantenido sometidos, a una pérdida de confianza en la ley, aspectos conducentes a una pérdida del sentido de su existencia. Los cambios repentinos en la realidad pueden provocar en los individuos sentimientos de inestabilidad que los lleve a delinquir.

2.- La anomia institucional (Merton, Messner y Rosenfeld) refiere un hecho *sui generis* por el cual la misma cultura y modo de vida de la sociedad norteamericana contribuye al incremento de las tasas delictivas. En efecto, quienes al verse frustrados de no tener el éxito material y económico que pregona el modo de vida de esta sociedad materialista – consumista recurren al delito para satisfacer las necesidades inmediatas de éxito personal. Esta sociedad tiene una serie de factores estructurales que bloquean las legítimas aspiraciones de quienes pretenden la obtención de cierto estatus social a costa de medios ilícitos e ilegales. Se enfatiza en afirmar que las instituciones monetarias y financieras han impuesto a las otras instituciones

16. Zaffaroni Eugenio (2012). Criminología. Editorial Librex S.A. Buenos aires. Pág. 181.

17. González A. Sánchez A(2005). Criminología. Editorial Porrúa. México. Pág. 79.

imágenes de ser instituciones devaluadas frente al fenómeno económico.

Esta situación genera condicionamientos psicológicos en los individuos que creen que el éxito económico lo conseguirán aun a costa de cometer delitos. Una institución no económica que se encuentra devaluada no puede ejercer un control efectivo de las instituciones económicas, especialmente en materia de contratación pública.

En la misma línea de Baratta, Merton[18], la estructura social no se opone ni subyuga al individuo y la desviación de su conducta no es producto patológico sino un producto normal. La existencia del delito es cotidiana en una sociedad plagada de instituciones y mecanismos de presión de la estructura social sobre un individuo. La anomia es "...quiebre de la estructura cultural que se produce por la asimetría entre las normas y objetivos culturales y de las capacidades de la persona para actuar de acuerdo con aquellas y alcanzar sus propósitos..."

Esta desviación en la conducta del individuo proviene de la contradicción entre estructura social y estructura cultural. La estructura cultural ofrece al individuo unos valores, unas metas a conseguir en su vida y unos modelos de comportamiento como medios legítimos para conseguirlas. Pero la estructura social y económica no ofrece a todos los individuos las mismas posibilidades de acceder a esos medios de acuerdo al estatus de pertenencia a una determinada familia, a una clase o comunidad. Esta incongruencia es normal hasta que no sobrepasen ciertos límites razonables. La anomia es la crisis que se produce cuando la estructura social no permite que unos individuos no alcancen legítimamente sus metas por pertenecer a un sector social menos favorecido que otro, lo que obliga a que se combine la consecución de las metas culturales con otros medios ilícitos o ilegítimos que la misma estructura social proporciona.

1.4.3.5.3.- Teoría del "Labelling Aproach".

A criterio de Elbert, los referentes de esta teoría son Lembert y Becker y sostiene que la "desviación no es la cualidad del acto ejecutado por una per-

18. Elbert Carlos (2005). Manual Básico de Criminología. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 149.

sona sino consecuencia de la aplicación de normas y sanciones que otros le hacen a un llamado delincuente..."[19] . Esta teoría funda sus postulados en la atribución de roles a una persona a través de un proceso dinámico de interacción entablado entre el individuo y la sociedad, la autoimagen estaría determinada por una visión que tiene de sí mismo el individuo según lo que los demás esperan de él. La desviación primaria no tendría entidad suficiente como para asignarle un rol definitivo al individuo, pero establece las condiciones necesarias para que se produzca la desviación secundaria, en la que los modelos formados son más firmes, y generalmente conlleva la estigmatización pública y consecuente la asignación del rol de desviado predispuesto a cumplir su rol en forma ilícita.

1.4.3.5.4.- Teoría del aprendizaje

Toma elementos de los trabajos de Shuterland. En la teoría del aprendizaje la imitación tiende a ser recompensada socialmente por el modelo societal imperante y que al ser aplicadas al campo criminal ésta atraviesa por tres etapas: En la primera el individuo aprende observando cómo repetidas conductas delictuales exitosas son recompensadas. En la ejecución, el individuo analiza la posibilidad de ser descubierto, advierte del castigo como estímulo para delinquir. Finalmente, la conducta delictiva es recompensada por el reconocimiento de la hazaña según sea la dificultad encontrada en su comisión. Muchas de las conductas delictuales en materia de contratación pública son conductas aprendidas por la tradición familiar o grupal ya que encierran conocimientos técnicos y específicos para realizar actos de corrupción propios de la contratación pública.

Para González – Sánchez[20], Sutherland resume este modelo con esta síntesis:

a. El proceso delictivo no es diferente al proceso normal pues es siempre en el seno del grupo o en la familia que el sujeto establece su propio esquema de conducta.

19. Elbert Carlos (2005). Manual Básico de Criminología. Ob. Cit. Pag.151.

20. González A. Sánchez A(2005). Criminología. Ob. Cit.Pág. 79.

b. El comportamiento criminal es intrínseco al sistema social y es análogo al comportamiento normal puesto que coexisten en el mismo individuo con escala de valores propia.

c. Son una determinada categoría de sujetos con interese propios y normales.

La tipificación del delito de corrupción generalmente no se encuentra muy desarrollado en cuanto a qué conductas deberían ser perseguidas criminalmente. Si el legislador es uno de aquellos que forman parte del círculo corrupto muy difícilmente permitirá que estos hechos sean sancionados y por el contrario, las conductas relacionadas con otro tipo de delitos menos graves serán las que tengan una mayor atención en cuanto a la gravedad de la pena. Es confirmatorio aquello de que no causa mucha atención si el monto del atraco por motivo de la contratación pública es de cientos de miles de dólares. Pero sí hay mucha alarma social cuando un delito de hurto de pocos dólares es cometido en la calle.

Los tipos penales en materia de corrupción por contratos públicos son demasiado abiertos y permiten que se diluyan ciertas conductas típicas por tener un abanico de posibilidades para no ser perseguidas penalmente. De la misma forma en el caso de la criminalización secundaria en esta materia quienes son acusados generalmente tienen una serie de fueros de corte que protegen la pretensión punitiva del estado. En cuanto a la aplicación de las penas los delitos originados en la contratación pública tienen pocas posibilidades de ser aplicadas, más aún, ni siquiera llegan a esta fase terciaria de la criminalización.

1.4.3.5.5.- Bases para una teoría criminológica de la corrupción.

Las conductas desviadas tomadas a partir de un acto decisional de una persona funcionaria pública con abuso de poder que persiga beneficios económicos o situacionales es el objeto de estudio de la criminología de la corrupción. Este es un fenómeno con presencia cada vez más preponderante en los medios de comunicación y en los juzgados con efectos determinantes en el imaginario negativo de los ciudadanos. Cualquier solución a este fenómeno

que socava el bienestar de la sociedad moderna a veces ha declinado dada la simplicidad de su tratamiento. Este lastre de la corrupción como fenómeno social es muy complejo y se requiere el abordaje desde diferentes puntos de vista para pretender plantear una solución al respeto. La asunción de un reto como el anotado anteriormente requiere un inicio que debe referirse obligatoriamente a realizar un análisis de la etiología del mismo de la corrupción desde una base multidisciplinar.

Existen múltiples teorías interesantes que proporcionan una explicación sobre el origen de la corrupción, algunas desde la óptica de la noción de oportunidad que más se interesan en las formas de aparición de la corrupción y las maneras de prevenirlo partiendo de la hipótesis de que existen individuos motivados a cometer delitos. Clarificar esos factores etiológicos de la motivación puede llevar a plantear soluciones que contribuyan a una desmotivación que retroceda su predisposición al mínimo controlable.

Varios autores y criminólogos como Cohen asegura que el crimen se comete cuando existe un punto de convergencia de tres factores interrelacionados: objetivo adecuado, delincuente motivado y sin protección o vigilancia de otro. Arrancando desde el concepto del libre albedrio de un individuo ejerciendo una operación racional de decisión sobre si cometer o no el delito dependiendo de la previsión que tenga sobre la posibilidad de su captura y de la disminución de sus ganancias. Es una operación racional y de oportunidad que presupone la existencia de un hombre predispuesto al acto de corrupción motivado por aspectos de carácter individual y personal y por otra parte motivado por aspectos de carácter estructural.

En relación con la primera motivación el sujeto hace un balance de los riesgos que va asumir, sus beneficios y ganancias posibles, los cuidados que debe tener, el riesgo de ser descubierto y atrapado por el sistema penal y el contexto social que espera le favorezca para el cometido.

La segunda motivación tiene que ver con la oportunidad del ejercicio de una potestad discrecional dentro del complejo de atribuciones que tiene por su calidad de funcionario público. Las posibilidades que realiza se incrementan con factores de control social formal e informal, como es por ejemplo la ausencia de veeduría total o parcial de órganos o autoridades que deben vigi-

lar sus actividades. A mayor control menor posibilidades de realizar actos de corrupción a partir de actos discrecionales. Pero la ausencia de control no se refiere únicamente al ámbito interno donde desempeña sus funciones sino al ámbito exterior , en las potencialidades del sistema penal y las posibilidades de impunidad que tiene el sistema penal en la persecución de los delitos de corrupción; en las funcionalidades de los organismos de control como la contraloría y los sistemas de auditorías institucionales y estatales en relación a su efectividad de detección; en el margen de criminalización de estas conductas que no abarcan un espectro extendido de conductas tipificadas como delitos y que al momento de sopesar el costo beneficio del acto de corrupción, determinan su viabilidad. En suma, analiza la cuantía de guardianes de control de sus actividades.

Esta teoría de las oportunidades resume los tres factores, funcionario motivado, oportunidad y ausencia de vigilancia, que debe tomarse en cuenta para el diseño de una política de prevención contra la corrupción. Es decir, deben atacar al funcionario motivado con la elevación de la conciencia ética y social a través de una estrategia educativa que ponga énfasis en la responsabilidad cívica y ciudadana del sujeto. La oportunidad debe combatirse con entrega y sistematización de mecanismos de transparencia en los procesos de contratación pública mediante mecanismos de acceso universal y no restringido a medios de comunicación y veedores que puedan alertar sobre procesos viciados de legalidad. La falta de control se implementa mediante las auditorias periódicas y evaluaciones de desempeño, así como también con la optimización del sistema penal a través de una política de cooperación, disminución de la impunidad y la tipificación de conductas en el ámbito penal.

Supuestos factores como el educacional a través del cual se trata de explicar la corrupción como fenómeno de la falta o deficiente educación recibida por parte del corrupto; o producto de concepciones y costumbres arraigadas en la memoria cultural de los pueblos, como el familiarismo, por el cual es una práctica aceptada y aprobada por la comunidad que los funcionarios públicos beneficien con contratos u otros beneficios a sus familiares; o la arraigada concepción de que la corrupción tienen raíces históricas en la venta de cargos públicos desde la época de la colonia.

En este sistema el funcionario público debía devengar lo pagado por su

cargo dada la volatilidad de su permanencia; o a imposiciones sociales economicistas en las cuales se encuentra muy fundamentado en el imaginario social el concepto económico de éxito. Una persona exitosa es aquella que consigue tener grandes fortunas sin importar que los medios sean de dudosa legalidad, pero que si se trata de los erarios del Estado, esta apropiación indebida se justifica; o también la corrupción existe porque el funcionario público no es debidamente remunerado por las actividades que realiza y su sueldo no satisface las necesidades de su familia y de su posición; o porque los probables beneficios que vaya a obtener por la conducta desviada del servidor público sea superior a los riesgos que eventualmente pueda sufrir; o porque sus actuaciones se esconden bajo el manto de la discrecionalidad y falta de control.

Todos estos factores son insuficientes para explicar el fenómeno criminológico de la corrupción debido a la generalidad de su presencia en todas las facetas y escenarios dentro de la dimensión espacio – temporal de la toda la humanidad. No existe sociedad en la que la presencia de todos estos factores no haya incidido en la presencia de este fenómeno. El problema está en la delimitación conceptual y empírica del delito o de la desviación y de otras consideraciones.

1.4.3.5.5.1.- Criminología de la corrupción en la contratación pública en Ecuador.

Las actividades criminales que pretendemos sean encasilladas como delitos de la contratación pública tienen una primera y determinante característica que los diferencia de otro tipo de delitos y que es la motivación económica. Es decir, el sujeto activo pretende con su accionar desviado conseguir una ventaja económica o patrimonial que satisfaga sus expectativas y las de su familia.

La aceptación de este punto excluye del presente análisis los delitos que tienen una fuerte connotación violenta motivadas por perturbaciones sentimentales, pasionales o patológicas. Los delitos contra la administración pública en materia contractual tienen la característica de ser altamente organizados en el sentido de tener un alto componente de planificación y ejecución tomando en cuenta que el servidor público no solo actúa solo sino que puede proceder en coordinación con uno o varias personas individuales o jurídicas en un marco

de complejidad económica y jurídica.

La presencia de una racionalidad económica en la actuación de los sujetos activos de los delitos de corrupción desecha otros comportamientos delictivos en razón de la finalidad de usufructo económico que buscan y en función del cálculo económico desplegado para este efecto. Las ganancias ilícitas perseguidas son producto de un engranaje bien estructurado tanto al interior como al exterior de la administración pública, con profesionales formados en todas las ramas del saber, porque en todas ellas existen convocatorias a procesos contractuales desde el Estado.

El carácter organizado y deliberado de los delitos de corrupción en contracción pública implica la participación de profesionales que actúan en forma casi individual o en pequeñas asociaciones y las grandes empresas de la construcción y proveedoras de bienes y servicios. Una especie de ladrones profesionales que habla Sutherland[21] que actúan bajo estructuras complejas, como empresas constituidas, o con organización más simples como asociaciones de profesionales, en comunión con funcionarios públicos dispuestos a formar parte del negocio ilícito, siempre organizados en unidades estructurales funcionales al delito y a quienes participan en él.

Las victimas en este tipo de delitos no son entes concretos e individualizados. Es el público y todos los habitantes cobijados por las actividades estatales de la administración pública. Es una masa carente de conciencia del perjuicio o del daño irrogado y que ignoran su propia condición de víctimas, aunque el grado de afectación sea cuantitativamente ínfimo como para motivar acciones individuales en contra de los delincuentes, a tal punto que la estatización de su situación ha llevado a que sea la administración pública quien personalice el carácter de victima que tienen los usuarios y el Estado como tal[22].

En esta línea y aplicando la teoría de la asociación diferencial de Sutherland[23] citada por Aller el comportamiento criminal se aprende en interacción con otras personas mediante procesos de comunicación, con grupos íntimos, cuyos modelos de costumbres se aprenden aun cuando esas conductas vayan

21. Sutherland Edwin (1993). Los ladrones profesionales. Editorial La Piqueta. Madrid. Pág. 51.

22. Aller German (2011). Criminalidad del poder económico. Editorial B de F. Montevideo. Pág. 131.

23. Aller German (2011). Ob. Cit. Pág. 141.

en contra de la ley porque les motiva la orientación hacia la obtención de un beneficio económico, de un estatus social basado en el éxito económico, no de la satisfacción de una necesidad emergente porque de ser así solo sería un caso de desviación aislado y carente de relevancia criminológica, por ejemplo, un funcionario que por enfermedad decide obtener dinero adjudicando un contrato ilícitamente.

El crimen en contratación pública es un aprendizaje social por asociación con sujetos que reiteran normas de comportamiento contractual ilícitas pero que actúan dentro del mismo contexto social con quienes son respetuosos de la ley. No son producto ni sujeto de subculturas que buscan obtener por la vía criminal lo que por la vía normal no les es posible. Lo anterior no puede explicar la criminalidad en general sino una en particular, la que está relacionada con la contratación estatal dentro de un aspecto macrofactorial de explicación del crimen de cuello blanco. Las reglas formales e informales de la participación en los procesos de contratación con el Estado no son formulismos ausentes de elementos que estructuran toda una cultura contractual. Exige un conocimiento técnico especializado de la ley y de los reglamentos contractuales, un análisis de las oportunidades que ciertos vacíos o quiebres legales favorecen los actos de corrupción, exige una capacidad económica perteneciente a una clase social media alta y alta donde los parámetros del costo- beneficio resultan por demás estimulantes de desviaciones. Son equipos completos con un conjunto de relaciones sociales donde interactúan todos los agentes contractuales que en el caso de Ecuador y otros países han construido una cultura de la corrupción donde la coima y el sobreprecio han pasado a ser prácticas toleradas y normales por la sociedad y hasta por el sistema penal[24].

En estas circunstancias, el servidor público como sujeto activo de los delitos relacionados con la contratación pública encuentran un escenario social e institucional abierto y favorable para realizar negocios contractuales por fuera de la ley, principalmente debido a una ausencia de información y control

24. Ramiro García Falconi, Ob. Cit., refiere a este aspecto limitativo de la teoría de la asociación diferencial como una crítica que ataca su pretendida generalización para explicar todo tipo de delitos. Es cierto que "...no se puede generalizar como lo hace la teoría de la asociación diferencial, todos los fenómenos delictuales bajo procesos de aprendizaje social normal aunque constituye sin duda una propuesta de gran validez a la hora de explicar los delitos cometidos por personas de alta posición económica y elevado prestigio social...", pag. 25. Comentario que proporciona cierta validez a la utilización de esta teoría como instrumento idóneo para explicar la etiología de los delitos en contratación pública.

de sus actividades por parte de la administración pública, lo que hace de su actividad dolosa una actividad indetectable con amplias posibilidades de no ser descubierto ni procesado por el sistema legal. Es decir, las posibilidades de alcanzar sus expectativas de vida medidas en función de los parámetros impuestos por una sociedad de consumo y capitalista con valores asimilados sobre la base de la acumulación patrimonial y financiera de las personas como sinónimo de éxito y respetabilidad social, son realmente inigualables. Los contratistas que tienen sus negocios con el Estado alcanzan posiciones de privilegio dentro de la pirámide social con grandes proyecciones de participación como actores políticos a nivel nacional, provincial y cantonal. Posiciones que son el proyecto de vida a conseguir y/o mantener a través de las prácticas ilegales de adjudicación de contratos con la administración pública. Para el caso de los funcionarios públicos se aplica por igual. Los salarios siempre insuficientes le enfrentan al dilema de ser un empleado honesto, pobre y sin más incentivo que un tibio reconocimiento, generalmente inexistente, de parte de la administración; y la invitación a realizar actividades ilegales que le abren las puertas a un incremento patrimonial que le sirva de peldaño en la escala social, en escenarios de falta/insuficiencia de control estatal de sus actividades.

Desde la óptica individual del servidor público, del profesional contratista y de la empresa privada como sujetos procedimentales en los procesos contractuales, en una sociedad de alta competencia donde ganar una licitación pone en riesgo la existencia física y social de la persona natural o jurídica, donde la transparencia y el respeto a los principios de la libre competencia siempre han estado en duda; donde la conservación del estatus privilegiado de quienes persiguen los beneficios de la actividad estatal no pueden ser conseguidos por medios lícitos, la única salida es la consecución de estas finalidades por medios ilegales. Esta anomia se produce, en términos utilizados por Hassemer y Munoz Conde[25] "...que se produce cuando la sociedad no facilita al individuo los medios necesario para conseguir de forma licita los fines que esa misma sociedad considera como la meta ideal que debe alcanzarse..." entendiéndose que la comisión del crimen "...es una respuesta individual del sujeto que no ve otra salida a esa contradicción en la que la propia estructura social lo ha sumido..."

25. Hassemer, Muñoz conde (2012). Introducción a la Criminología y a la Política Criminal. Editorial Tiran lo Blanch. Valencia. Pág. 87.

La teoría de la anomia nos sirve para explicar que los sujetos activos de los delitos originados en el curso de la contratación pública pertenecen a sustratos sociales y económicos altos cuyo proceso de aprendizaje ya alcanzado su meta y otros que están en el proceso de aprendizaje[26] . Sujetos que socialmente se han fijado metas y aspiraciones como el ascenso social y el éxito económico para cuya consecución la estructura social le proporciona mecanismos legítimos como derecho a participar en las actividades contractuales de conformidad con la ley. Pero igualmente existen los medios ilegítimos que conviven con los legítimos. La situación de anomia se verifica cuando los medios legítimos no ofrecen todas las garantías ni las posibilidades de alcanzar las metas propuestas debido a desestructuras sociales donde la sociedad reparte por igual las metas pero distribuye de manera insuficiente, selectiva o monopólica los medios para conseguirlos.

Por tanto individuos perfectamente socializados "...no se convierten en delincuentes en tanto que participe en procesos activos de interacción[27] social, sino como producto o víctima de una estructura social deficiente. Es la anomia social y la disolución entre la estructura social y la cultural lo que determina la desviación y lo que impulsa a los individuos al delito...".

Más allá de ello, también es perfectamente aplicable la teoría de la neutralizacion[28] elaborada por David Matza y Gresham Sykes estructurada sobre la negación de la existencia de una subcultura criminal que el en el caso de los funcionarios públicos y los contratistas naturales o jurídicos es de muy dudosa concreción[29]. Es cierto que estos infractores tienen un sistema de valores compartidos por la mayoría de la sociedad que los considera óptimos y efica-

26. García Falconi Ramiro (2012). Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: las teorías de la criminalidad económica. En Derecho Penal Económico. Varios autores. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Pág. 40-41. Advierte que las características ocupaciones de la delincuencia económica hace que se dirija la mirada no a las clases bajas sino a quienes por las características de accesoriedad, profesionalización poder económico, poder de influencia son los verdaderos destinatarios, estos es, la clase alta.

27. Hassemer, Muñoz Conde (2012). Introducción a la Criminología y a la Política Criminal. Ob. Cit. Pág. 91.

28. Elaborada por David Matza y Gresham Sykes en 1961 ("Juvenile deliquency and subterranean values" en American sociological review), y ampliada por Matza en su obra "Deliquency and drift" (1964).

29. Dudamos que los colegios de arquitectos o ingenieros, o la asociación de profesionales de la construcción, por ejemplo, o de asociaciones de funcionarios públicos que se dediquen al cohecho o al peculado, existan estructuradas de tal forma que se definan como una subculrura revanchista y vengativa de los funcionarios públicos y profesionales que no delinquen.

ces para la convivencia armónica de la sociedad. Pero al mismo tiempo crean internamente un sistema de valores "subterráneos", en términos de los autores, valores negativos, que sin estar separados, coexisten con los otros valores compartidos. ¿Cómo justificar interiormente su accionar corrupto subterráneo en medio de un estado de convivencia social normal? Matza estima que estos personajes crean racionalizaciones mentales para neutralizar las normas sociales "buenas" interiorizadas que entran en conflicto con su sistema de valores morales.

Sino cómo entender que ciudadanos ejemplares en lo social, religioso, educativo, político, pertenecientes a un estatus socio económico medio alto realizan en forma cotidiana prácticas corruptas en la contratación pública. Matza y Sykes explican que esta dicotomía se resuelve a favor del corrupto porque éste utiliza ciertas "técnicas de neutralización de sus convicciones ético – morales del siguiente modo:

a) Exclusión de la propia responsabilidad: El delincuente rechaza su propia responsabilidad y se interpreta más como empujado por las circunstancias. Se representa como víctima que justifica lo que hace.

b) Negación de la ilicitud o que hubieran daños: El delincuente considera sus actos sólo como acciones prohibidas pero no como dañosas e inmorales, redefiniendo tales conductas. El daño al estado por un acto de corrupción no es de la dimensión que causara graves afectaciones a la genta. No es perceptible, dicen los desviados.

c) Negación de la víctima: Esta es considerada como una persona que merece el efecto sufrido. Generalmente en materia de contratación pública perjudicarle a la administración se justifica porque el Estado gasta mucho en burocracia, en viajes de los funcionarios públicos, en fiestas y cocteles, en los sueldo altos de los funcionarios de primer nivel, en aviones y vehículos para los ministros y dignatarios de primer nivel, etc.

d) Condena de aquellos que condenan: Se cuestiona como "hipócritas" a las personas obedientes de las leyes. Se ataca también a las instancias del control social, como la policía calificada de corrupta, jueces considerados venales, etc. Quien puede criticar su conducta desviada si se justifica

determinando que todos los funcionarios son igual o peor de corruptos, en la generalización de los que aceptan negocios ilícitos en la contratación pública, si todas las entidades contratantes hacen uso de los mismos mecanismos de corrupción, que él es uno más de los miles de personas que realizan estas prácticas contractuales ilícitas.

e) Remisión a las instancias superiores: Según esto, las normas y valores de la sociedad se sacrifican a favor de normas y deberes de fidelidad, lealtad o solidaridad, con causas elevadas vinculadas a sus grupos sociales. Es justificar las desviaciones a pretexto de luchar por valores supremos como su pertenencia a una determinada comunidad social, o por pertenecer a una región olvidada; para contribuir a las campañas políticas y electorales de hombres que transformaran el país; porque pertenece a los pagadores de impuestos que no se realizan en obras para su comunidad, etc. Esta es una crítica a la teoría de la subcultura criminal de Cohen (para el efecto de explicar la etiología de la corrupción en la contratación pública, no nos es muy útil Cohen).

Si el delito es una cuestión normal que existe en todas las sociedades, los que cometen los delitos también son gente normal, que de acuerdo con la teoría de la neutralización de Matza, no implica que los violadores de las normas jurídicas, los infractores se diferencien de los no infractores. Por el contrario, no existe una separación entre los que adecuan su conducta a la ley y los que no lo hacen porque comparten un sistema de valores culturales similar.[30]

1.5.- FACTORES CRIMINOGENOS DE LA CORRUPCION

1.5.1.- Causas de la corrupción

Analicemos brevemente algunos factores casuísticos de este fenómeno de acuerdo al modelo propuesto por Castro (2009:49):

30. No podemos dejar de mencionar que la teoría de la neutralización de Matza definitivamente se aleja del determinismo criminológico positivista, aunque su teoría fue inicialmente concebida para explicar la criminalidad juvenil de la ciudad de Chicago de los años 60's.

1.5.1.1.- La motivación del individuo hacia la corrupción

En la contratación pública la formación de las voluntades para concretar un contrato determinado es un acto complejo en el que intervienen varias personas de acuerdo a la normativa imperante dentro del ordenamiento jurídico del país. No obstante existen varios factores que inclinan el comportamiento del funcionario público hacia la prevalencia del interés particular sobre el interés público:

1.5.1.1.1.- La tolerancia social hacia la corrupción.

Tiene sus raíces en las prácticas socio - culturales que se han desarrollado como producto de la relación entre estado y ciudadanía. La prevalencia del concepto utilitarista del servicio público, como oportunidad de superación social y económicamente del funcionario, está muy arraigada en la cultura nacional. La idea de que la ley no alcanza a sancionar la corrupción y la percepción de que existe una gran posibilidad de no ser enjuiciado por atentar contra el interés del Estado, que no siempre ha sido el benefactor esperado, recrean la sensación de que el acto de corrupción es un acto de reivindicación frente a un Estado en permanente deuda con la sociedad insatisfecha.

En el otro extremo, si en la administración pública existe el criterio extendido de que los valores existentes en su funcionamiento son el amiguismo, las lealtades electorales, el dinero fácil, y que la eficiencia, la honestidad y la responsabilidad, por el contrario, son obstáculos para el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios públicos, éstos estarán más cerca de la corrupción, si atendemos a la teoría de la asociación diferencial. Para esta teoría la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta corrupta como positiva y favorable. Si la sociedad tolera o es indiferente a estas conductas delictivas entonces este criterio es socialmente generalizado.

Otra forma de tolerancia social es el hecho de que los individuos no se corrompen en forma aislada sino que lo hacen formando redes sociales corruptas más o menos extensas y complejas. Un ejemplo es la elección a dignidades de personas identificadas con la corrupción, quienes vuelven a ser electos pese a

su reconocido pasado de corrupción. No creemos que el elector no perciba este engaño sino que existen redes sociales conformadas por miles de personas con expectativas de aprovechar los contratos y las oportunidades que el candidato corrupto entregue a todos sus seguidores en cadena de mando[31].

1.5.1.1.2.- La mala posición de los servidores públicos.

Expresada en términos de bajos sueldos e inestabilidad en sus cargos ha hecho que la corrupción sea una forma de sobrevivencia frente al costo de la vida. Si a los salarios paupérrimos se suma la inestabilidad en el puesto de trabajo el resultado es una actitud de permanente cometimiento de actos de corrupción en conjunción con los empresarios y profesionales que pagan por sus servicios y que en eventual salida de la administración pública aquella se producirá sin los efectos traumáticos que produce el desempleo.

Estévez Alejandro[32] , citando un trabajo investigativo de varios autores, "... demuestran que exigir un alto nivel de capacitación a la hora de emplear a un trabajador (posesión de título universitario en general y el haber aprobado un examen formal para ingresar al empleo público en particular) tiende a reducir el nivel de corrupción en la función pública. En lo que respecta a los salarios y su relación con la corrupción, el índice de Evans y Rauch señala una tendencia que sugiere que a salarios más altos se registran menores niveles de corrupción (...) Por otro lado, la investigación de Rijckeghem y Weder (1997) afirma que los bajos salarios obligan a los empleados públicos a cubrir sus necesidades de modo ilícito mientras que si el salario fuera alto, la misma actitud implicaría un mayor peligro en caso de ser descubiertos. Analizando estas variables en 28 países, encuentran una importante influencia negativa de los salarios del sector público (en relación con los del sector privado) y los niveles de corrupción. De acuerdo con los autores, el duplicar los salarios del sector público en un país implicaría una mejora de 2 puntos en el índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional. Haque y Sahay (1996) encuentran evidencia en el

31. FERNANDEZ RIOS L, (1999). "Psicología de la corrupción y los corruptos". Grupo Editorial Universitario, Granada.Pag.39

32. Estévez Alejandro(2005). Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. Revista Venezolana de Gerencia V.10 N.29 Maracaibo ene. 2005. Ver en http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842005000100004 ultima consulta el 28 de septiembre del 2016 a las 17h40

mismo sentido de Rijckeghem y Weder. Ortiz (1997) y Mauro (1998) también se hacen de ésta idea como señaláramos más arriba..."

Es decir, existe una relación directamente proporcional entre la variable salarios y el índice de corrupción. Salarios menores e ínfimos en el sector publico transforman a la administración en una fuente inagotable de corrupción.

1.5.1.1.3.- El financiamiento irregular de los partidos políticos.

Ha sido el origen de la corrupción en la administración pública dado que no es una contribución desinteresada de quien aporta o financia, sino una inversión cuyo rendimiento se concretará una vez que el candidato sea elegido como autoridad pública y empiece a pagar los favores recibidos. El mecanismo más utilizado de pago y de nueva recompensa en nuestro país ha sido la adjudicación de contratos según sea el monto de financiamiento recibido. La otra modalidad de pago es el ingreso a puestos claves de recomendados de los financistas de la campaña para que desde allí proceda a influir en su propio interés y en el interés de quienes lo pusieron allí. Prueba de ello es las normas electorales y penales que se expidieron desde la Constitución de 1998 hasta la actualidad para sancionar el financiamiento privado con fondos provenientes del narcotráfico. Luego se restringió esta liberalidad y se dispuso la prohibición del ilimitado financiamiento privado solo hasta una determinada cantidad. Finalmente en la nueva Constitución se prohíbe el financiamiento privado, especialmente en las campañas realizadas a través de los medios de comunicación, para que el Estado sea el que financie por igual las campañas electorales.

1.5.1.1.4.- El aspecto externo de la corrupción.

La materialización de la corrupción, es decir, el conjunto de actos administrativos que realiza el funcionario público para favorecer sus intereses personales mediante el abuso de poder no se darían si existiera un sistema de control efectivo. Lastimosamente la propia normativa legal contribuye a crear este escenario idóneo para la corrupción a través de los siguientes mecanismos:

1.5.1.1.4.1.- La expansión de la actividad estatal en todos los campos.

Especialmente en la actividad económica de la sociedad a propósito de construir un Estado interventor y regulador del mercado, ha desembocado en un incremento desproporcionado del gasto público, que en un principio trató en nuestro país de cubrirse con una venta de las empresas públicas rentables y de servicios públicos dentro de un proceso de privatización que entregaría al Estado ingentes recursos para cubrir sus déficits. En el Ecuador se paró a tiempo este proceso, aunque no se pudo evitar la entrega por aparentes quiebras de algunas empresas públicas al sector privado, como un mecanismo de frenar la corrupción, la ineficiencia y el descontrol. Pero esta etapa de desprivatización que tuvo lugar en muchos países de Europa y América fue producto de verdaderos atracos al patrimonio de los Estados. En algunos casos tan escandalosos que tuvieron que ser revertidas sin derecho a indemnización alguna. Es decir, pensar que la corrupción se acaba con la privatización es caer de ingenuos puesto que con ella nacen otras formas de corrupción relacionada con las inversiones, con los impuestos y con los contratos con el mismo Estado.

1.5.1.1.4.2.- En relación con el abuso de la discrecionalidad de los funcionarios públicos.

En la toma de decisiones, especialmente en relación con la contratación pública, ha sido considerada la principal fuente de corrupción. Si bien es cierto que la discrecionalidad no es bajo ningún concepto violación a la legalidad ni arbitrariedad puesto que el legislador no puede prever en la ley todas las condiciones de oportunidad y conveniencia que debe tener en cuenta el funcionario al tomar una decisión.

Según Castro (2009)[33] la discrecionalidad administrativa debe tener en cuenta tres eventos:

1.-Que se da en ausencia de una reglamentación legal en una determinada materia y que no pese sobre la actuación administrativa una prohibición.

33. Castro Carlos(2009), Ob. Cit. Pag.65 a 67 p.

2.-Que de la estructura lógica de la norma se desprenda una oportunidad de elección administrativa.

3.-Que en casos en que la elección esté predeterminada los jueces o tribunales no puedan subrogarse en la apreciación de los criterios tenidos en cuenta por la Administración al decidir.

Entonces, en el aspecto teórico del deber ser la discrecionalidad es una herramienta útil para la actividad de la administración pública. Pero en el campo del ser se plantea una serie de problemas y dificultades en el control de las actividades de las instituciones públicas. Para solucionar este problema algunos autores sugieren la utilización de los principios generales del derecho como la buena fe y la proporcionalidad en el análisis de las decisiones discrecionales. El sistema de control de la discrecionalidad puede basarse en varios elementos, antes deben examinarse los siguientes elementos de la decisión: la razonabilidad, los hechos que la determinan, su legitimidad, y el apego al principio de buena fe en el uso de esa facultad discrecional.

Posteriormente, y en la contratación pública, debe examinarse bajo la luz de los principios de eficacia, economía y seguridad, aplicados a través del análisis comparativo de las distintas propuestas presentadas por los oferentes, en materias de precios, experiencia, capacidad técnica y financiera de los licitantes[34].

En conclusión, la discrecionalidad en sí misma es una institución muy eficaz que utiliza el derecho público pero que lastimosamente es aplicada por el funcionario corrupto en forma equivocada, cayendo sus actos administrativos en el campo de la arbitrariedad y abuso de poder.

Sin embargo estudios realizados en relación con este punto demuestran que el elemento disuasivo y controlador de la excesiva discrecionalidad radica en la implementación de un sistema decisional de cuerpos colegiados. Estevez Alejandro[35] cita un estudio de Tiihonen (2003), que argumenta que "... una de las razones de la baja corrupción que se constata en Finlandia es justamente la estructura colectiva y colegiada de decisión que tiene el país. En

34. Castro. Ob.cit. Pág. 70

35. Estevez Alejandro.(2005). Ob. Cit.

el pensamiento de este autor se elogia a las formas colegiadas como difíciles de corromper si la mayoría de sus miembros están convencidos de ciertos valores éticos. Por ello, la decisión colegiada ha sido en Finlandia una tradición desde el siglo XVII. Por otro lado, existe un sistema de doble control en los organismos públicos; para que la decisión de un ministro sea válida, debe estar acompañada por la firma de un funcionario de una jerarquía menor conocida como rapporteur. Sin esta doble signatura, el acto público no está completo..."

1.5.1.1.4.3.- La ineficiencia de la administración pública.

Muchos estudios se han hecho sobre este factor en relación con la corrupción. La eficiencia de la administración pública es igualmente una variable inversamente proporcional con la corrupción. Se ha evidenciado que los países que tienen altos niveles de rendimiento burocrático tienen una mayor inversión privada que genera un crecimiento del PIB, aspecto que no se verificaría de existir mucha corrupción.

Igualmente en términos de ineficiencia burocrática se puede mencionar a la excesiva cantidad de normativa legal, reglamentaria, regulatoria de todas las actividades de la administración estatal, cuyo cumplimiento exige que los usuarios acudan a mecanismos de coimas y sobornos para tener éxito en sus

1.5.1.2.- El aspecto material de la corrupción.

En materia de contratación pública, el apoderamiento del presupuesto del Estado es uno de los objetivos que se proponen quienes intervienen en ella. Contratistas y funcionarios ven allí la oportunidad de aprovecharse indebidamente no por la vía del cohecho ni del peculado sino del dinero entregado para la ejecución del contrato celebrado. La inexistencia de controles apropiados y el denso marco jurídico existente crean de anillos de seguridad que hacen imposible establecer algún nexo causal entre el acto corrupto y la responsabilidad de las principales autoridades.

Un ejemplo de esta tipología constituye la concesión para la construcción de un conocido aeropuerto. No es nuestro interés entrar en especificidades pero es necesario acotar lo siguiente en términos generales. Existe una des-

naturalización del contrato de concesión ya que éste se caracteriza porque la remuneración del concesionario debe provenir de las utilidades de la explotación de la obra construida y puesta en funcionamiento. Construcción que el concesionario debe realizar a su costo y riesgo. Caso contrario, si el Estado quisiera invertir en la construcción de la obra éste simplemente celebraría un contrato de obra con la empresa que bajo un proceso de licitación resultare ganadora. Jamás se imaginaría en realizar un contrato de simple concesión quizá con el propósito de evadir el trámite y el control que implica este procedimiento contractual, a más del régimen de excepcionalidad que tiene el campo aeronáutico. En nuestro caso, los anticipos entregados a la concesionaria vía pago de tasas aeroportuarias desnaturaliza el contrato de concesión por la existencia de anticipos económicos realizados con dinero de la institución del Estado, aspecto que por motivos políticos no motivó una anulación del mismo sino que más bien optaron por reconocer al Municipio unas "utilidades" de algunos cientos de millones de dólares.

Otro mecanismo de corrupción en la contratación pública es la entrega de anticipos exagerados que terminan siendo apropiados por los contratistas sin que la obra haya avanzado lo suficiente para justificarlos. Detrás de estos anticipos se esconde un lucrativo negocio puesto que los contratistas adjudicados no solo que no hacen la obra sino que subcontratan con otras compañías que igualmente no pueden concluir el trabajo porque el contratista principal ya se cobró la mayor parte de su utilidad con el anticipo exagerado que ilegítimamente fue otorgado por el funcionario público.

1.5.2.- Consecuencias de la corrupción.

1.5.2.1.- Efectos de la desviación de intereses

La contratación pública exige el cumplimiento de principios característicos de los sistemas de libre mercado como es la competencia en los concursos en términos de igualdad y transparencia. Pero la corrupción dada por la adjudicación dolosa de los contratos conduce a que las empresas que juegan limpio se vean desplazadas con el compromiso a futuro de entrar a competir en los mismos términos ilegales con los que actúan las empresas corruptas. En Ecuador y otros países de nuestro entorno no es muy disimulado el hecho

de que las mismas empresas cuestionadas por incumplimientos en la construcción de obras estatales sean las mismas que resultan contratadas en otros concursos supuestamente transparentes, sea en forma individual o camufladas en consorcios.

Los efectos son la reducción de la inversión por la ausencia de un sistema de competencia libre y transparente, competencia que encarecen los costos porque deben sumarse el monto de los sobornos y pagos realizados a los funcionarios corruptos y al sistema contractual en el que la ausencia de seguridad jurídica va resquebrajando constantemente su confiabilidad, aumentando el riesgo en la inversión nacional y extranjera. En este escenario no es imposible que el dinero sucio que requiere ser lavado vaya sustituyendo paulatinamente a las inversiones limpias que requieren de reglas claras y confiables.

Otro efecto es la elevación del costo de los bienes y servicios porque a su costo real debe sumarse el valor de los sobornos y de la tramitología de la entrega recepción y de los pagos. Sin contar con la reiterada práctica de intercambiar coimas con la aceptación obras, bienes y servicios construidos y elaborados con materiales de baja calidad o incompletos, desvalorando la importancia de la prestación de servicios públicos a la ciudadanía.

1.5.2.2.- Efectos del abuso del poder

El abuso de poder en la contratación pública corrupta tiene como efecto inmediato la pérdida de legitimidad del poder público en una democracia que maneja el presupuesto nacional a espaldas de los representados. La legitimidad es la falta de confianza que los ciudadanos tienen frente a las actuaciones de sus gobernantes que conducen inevitablemente a perder confianza en el Estado de derechos y a asumir comportamientos similares y autoritarios por reflejo, alimentando la esfera de corrupción a niveles altos.

El peligro de un incremento de los niveles de corrupción en la contratación pública puede tener efectos contraproducentes a nivel internacional cuando ciertas instituciones foráneas de reconocido prestigio mundial activan los mecanismos de medición de la corrupción para medir el grado de degradación de la administración estatal en materia de eficiencia ética en su funcionamiento.

Ningún país quiere estar por debajo de la media porque evidentemente las inversiones y los recursos económicos que provienes de fuentes internacionales pre condicionan su llegada a un país que tenga en su administración pública cuestionada por la corrupción.

En conclusión, la corrupción desde la perspectiva del abuso del poder igualmente genera la apatía y el abstencionismo y hasta la aprobación de cambios violentos de las administraciones públicas. A nivel internacional la contratación de las grandes obras y concesiones en la explotación de recursos naturales en manos de empresas del primer mundo ha generado cómplices encubrimientos a estados terroristas y autoritarios que tienen un amplio historial de violación a los derechos humanos. De esta manera, tanto en el aspecto nacional como internacional la corrupción desemboca en la pérdida de confianza en los estados de derecho y en la democracia como sistema de convivencia social eficaz.[36]

1.5.2.3.- Efectos del aspecto material de la corrupción

La actuación dolosa del funcionario público busca la obtención de un beneficio extra posicional que termina disminuyendo a la administración pública. Esta deja de ser eficiente y eficaz porque la afectación de su presupuesto por esta causa disminuye la obras positivas que dejarán de construirse si no hubiera existido este acto corrupto. La disminución de la eficiencia de la administración pública es la natural consecuencia con efectos perniciosos como la reducción de la inversión pública en para atender a la población.

Corrupción no es solo sustracción sino también el gasto distorsionado de los recursos públicos en función de intereses particulares ajenos a los intereses del Estado, como por ejemplo, la contratación para proyectos innecesarios o la adjudicación de proyectos que no son necesarios ni se ofertan al menor costo real. La empresa irregularmente beneficiaria de la adjudicación no se esfuerza por realizar inversiones, adquisiciones, modernizaciones o investigaciones que refuercen su propuesta. Al contrario, en la etapa de ejecución

36. 10 Ariel, Guillermo (2008). Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. Pág. 112 a 113

se verán obligadas a disminuir la calidad, la cantidad y a exigir reliquidaciones de costos, a precio del soborno de sobornos a funcionarios públicos.

1.6.- MARCO LEGAL NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN

Esta realidad es preocupación de organismos internacionales, como:

1.6.1.- La Organización Interamericana de Instituciones de Contratación Pública (OIICP)

Su intención es crear un organismo especializado en materia de contratación pública que recoja y procese la experiencia de los países en materia de adquisiciones y contrataciones con el objetivo de buscar la uniformidad o la armonización de los sistemas de contratación o compras públicas.

Pretende, entre otros puntos, aprovechar las oportunidades que brindan los procesos de apertura e integración de mercados, especialmente en contratación pública, para impulsar la participación de las empresas nacionales en otras economías.

La metodología de trabajo de la OIPC se apoya en la base de puntos de interés común: principios de eficiencia, eficacia, acceso justo y transparencia en la contratación pública, capacitación y especialización en materia de compras públicas, satisfacción de demandas sociales, mejoramiento de los procesos de gestión pública, prevención de la corrupción, optimización del gasto público, ejercicio efectivo del control social, buscando optimizar los recursos públicos en beneficio de proyectos de desarrollo social.

1.6.2.1.- Las Organizaciones de las Naciones Unidas y la Corrupción

1.6.2.1.1.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003.

En el Prefacio de esta convención el ex Secretario General de la ONU al hacer la presentación de este importante hito internacional define a la corrupción como una plaga que socava los cimientos democráticos de las sociedades, distorsiona los mercados y permite la creación de un escenario ideal de florecimiento de la delincuencia organizada. Es el factor más preponderante para el subdesarrollo y pobreza de los países menos favorecidos porque distrae fondos que van a manos de terceros y no a paliar los graves problemas que afectan a millones de habitantes de la tierra. Esta convención es un complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, porque proporciona mecanismos de apoyo y refuerzo de los regímenes jurídicos internos de cada país en la lucha contra la corrupción. Otro antecedente importante de la presente convención se remonta a tanto la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey, como la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo, en donde los gobiernos participantes asumieron el compromiso de enfrentar este flagelo por los efectos devastadores en el desarrollo de los pueblos.

Los antecedentes que constituyen la cola de esta convención las podemos encontrar en la Resolución 55/61, ONU, de 4 de diciembre de 2000, en la que estableció un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción. La Resolución 55/188,ONU, de 20 de diciembre de 2000, en la que invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta, que debía constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61, a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. La Resoluciones 56/186, ONU, de 21 de diciembre de 2001, y 57/244, de 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. La Resolución 56/260, ONU, de 31 de enero de 2002, en la que pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que concluyera su labor para fines de 2003. La Resolución 57/169, ONU, de 18 de diciembre de 2002, en la que aceptó con reconocimiento el ofrecimiento del Gobierno de México de ser anfitrión de una conferencia política de alto nivel con objeto de firmar la convención. La resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada "Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de

corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos". El Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Monterrey (México), 18 a 22 de marzo de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.II.A.7), cap. I, resolución 1, anexo. 2 Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.II.A.1 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo. 3 A/58/422 y Add.1. La Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey (México) del 18 al 22 de marzo de 2002, en el que se subrayó que la lucha contra la corrupción a todos los niveles era una cuestión prioritaria. La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en particular su párrafo 19, en el que se declaró que la corrupción representaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población, Preocupada por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea.

En el Artículo 5 constatamos que cada estado parte se compromete a implementar políticas públicas eficaces contra la corrupción y adoptar medidas eficaces para prevenir la misma tanto en lo relativo a la promoción, elección y desempeño de los funcionarios públicos como de las entidades jurídicas estatales y privadas.

Para estas últimas, el Artículo 12 numeral 2 literales f) y g) los estados se comprometen a velar por que las empresas privadas sean controladas en sus procedimientos financieros y contables como mecanismo de prevención y detección de actos de corrupción. Sus balances deberán ser auditados de acuerdo a sus normas internas. Los actos que buscan evitar la presente Convención son:..." a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros; b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; c) El registro de gastos inexistentes; d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto; e) La utilización de documentos falsos; y f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley. Además cada estado denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno.

Establece mecanismos que son el fundamento de las políticas y modelos

de prevención que en la actualidad utilizan las empresas privadas en relación con la responsabilidad penal. Efectivamente en este artículo los estados parte se encargaran de promover la "...formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado...".

Los espacios de reproducción del fenómeno de la corrupción normados por este convenio se refieren a todas las medidas de control para prevenir el blanqueo de dinero mediante un sistema de control estatal sobre las actividades realizadas por empresas públicas y privadas; el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; tráfico de influencias; abuso de funciones; enriquecimiento ilícito; soborno en el sector privado; malversación o peculado de bienes en el sector privado; blanqueo del producto del delito;

Finalmente el Artículo 26, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en convenio en forma clara establece que: "... 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 23 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo...". Se mantiene la responsabilidad vicaria por hechos propios y ajenos.

El Articulo 27 numeral 3 del convenio acuerda que cada estado parte tipificará como delito cualquiera de estas conductas pero de conformidad con su derecho interno, tanto en la calidad de hecho consumado como de la tentativa. El Artículo 30 apela igualmente a que los derechos de la defensa sean en fun-

ción de las garantías constitucionales de cada estado nacional.

Resumiendo, esta convención recoge la tendencia mundial a la prevención y la penalización de conductas consideradas como delitos el soborno activo y pasivo de los funcionarios públicos nacionales o extranjeros pertenecientes a organizaciones nacionales o internacionales, así como también la malversación o peculado, la apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, el blanqueo de dinero, la obstrucción de la justicia, la participación como cómplice, colaborador o instigador en un delito de corrupción y la tentativa. Es obligatoria la inclusión de estas conductas como delitos en las legislaciones penales nacionales. Otros delitos pueden ser incluidos o no en los ordenamientos jurídicos nacionales de los estados parte como es el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas, el enriquecimiento ilícito, el encubrimiento, la tentativa de corrupción, el soborno en el sector privado y la malversación en el sector privado.

1.6.2.1.2.- Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (1997), Paris, 17 de diciembre de 1997.

Frente al paulatino e inusitado avance de nuevas formas de corrupción desarrolladas en el ámbito del proceso de globalización económica diversas organización como la Organización de las Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa y el Banco Mundial, cada una contribuyó con reconocidos esfuerzos contra este flagelo de dimensiones mundiales venciendo obstáculos propios de los intereses nacionales de cada Estado.

1.6.2.1.3.- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 estados fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París (Francia). En el seno de la OCDE, los representantes de los países miem-

bros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros. Está conformado por los países más desarrollados en el área económica que producen al mundo cerca del 70 % del mercado mundial y constituyen aproximadamente el 80 % del Producto Nacional bruto en 2007. La OCDE sucede a la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) creada para la implementación del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (Conferencia de Cooperación Económica Europea), en el lapso de tiempo comprendido entre 1948 y 1960 cuyo objetivo era el establecimiento de una organización permanente encargada de garantizar la puesta en marcha de un programa de recuperación para Europa (el Plan Marshall) y de optimizar y supervisar la distribución de la ayuda prestada a todos los países que sufrieron el embate de la Segunda guerra Mundial.

El Art. 1 del Convenio de la OCDE establece que entre los objetivos de esta organización se encuentra la promoción de políticas destinadas a realizar la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y a un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y a contribuir así al desarrollo de la economía mundial. En segundo lugar, a contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico y finalmente a contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, para lo cual los países miembros en forma conjunta promoverán la utilización eficiente de sus recursos económicos; perseguirán políticas diseñadas para lograr el crecimiento económico y la estabilidad financiera interna y externa y para evitar que aparezcan situaciones que pudieran poner en peligro su Economía o la de otros países; continuarán los esfuerzos por reducir o suprimir los obstáculos a los intercambios de bienes y de servicios y a los pagos corrientes y por mantener y extender la liberalización de los movimientos de capital y contribuirán al desarrollo económico tanto de los países miembros como de los no miembros en vías de desarrollo económico, a través de los medios apropiados, en particular a través de la afluencia de capitales a esos países, considerando la importancia que tiene para sus economías la asistencia técnica y el asegurar una ampliación de los mercados ofrecidos a sus productos de exportación[37] .

Postulados para los cuales las decisiones se toman y las recomendaciones se hacen por acuerdo mutuo de todos los miembros, salvo que la Organización

decida por unanimidad otra cosa para casos especiales, donde ninguna decisión será obligatoria para miembro alguno hasta que no haya sido incorporada a su ordenamiento jurídico conforme a las disposiciones de su procedimiento constitucional. Los otros miembros podrán acordar que tal decisión se aplique provisionalmente a ellos.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)[38] es un foro donde los países miembros trabajan de manera conjunta para enfrentar los retos y desafíos socioeconómicos que plantea la globalización mediante el intercambio de experiencias en las respuestas dadas a los problemas que se presentan en el área económica, financiera, ambiental, de gobernanza corporativa, tecnologías, agricultura, comercio y otras áreas más, como son la compilación, análisis de datos, determina tendencias del mercado de comercial y financiero mediante el desarrollo modelos en las diferentes áreas antes mencionadas. Actividades enmarcadas siempre en la búsqueda de alternativas a la pobreza, subdesarrollo, estabilidad financiera, disponibilidad tecnológica, crecimiento económico, desarrollo social y protección del medio ambiente mediante alternativas de creación de empleo, igualdad social y manejo transparente y efectivo de los recursos públicos y de las actividades gubernamentales.

Un activo disponible para los países miembros y no miembros(cerca de 70 países) de la OCDE es la cantidad de información estadística almacenada y procesada por cerca de 40 años que incluye análisis estadísticos comparativos

37. En Sudamérica actualmente sólo cinco países no están comprometidos ni directa ni indirectamente con las actividades de la OCDE: Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela". De entre los 34miembros plenos solo dos países latinoamericanos figuran como parte del OCDE: México (desde 1994) y Chile (2010). El resto, Colombia, Brasil y Perú- están en un estado de transición hacia su ingreso gradual a la organización porque se han integrado en cerca de 25 comités. Países como Argentina, Brasil y Perú participan del Comité de Inversiones de la OCDE, en calidad de miembros adherentes de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. Ver más en http://www.cncs.com.uy/un-estudio-de-cancilleria-concluyo-que-el-ingreso-de-uruguay-a-la-ocde/. Ultima consulta el 20 de marzo del 2016, 13h46.

38. Página OCDE – Sección Anticorrupción (inglés): http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm

La Convención ha sido suscripta por 34 países miembros de la OCDE y 6 no miembros. Paises no miembros: Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Rusia y Sudáfrica. Países miembros: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza, Turquía.

muy confiables de todos los indicadores económicos, tributarios educativos, comerciales, laborales, migratorios, de salubridad, tributarios, ambientales, que incluyen publicaciones periódicas que se han constituido en fuentes referenciales muy importantes a la hora de implementar políticas públicas nacionales[39].

En resumen, la misión de la OCDE desde 1961 ha sido colaborar con los gobiernos que se proponen conseguir un crecimiento económico sostenible, socio-económico-ambiental, orientado a incrementar los niveles de vida de sus habitantes, con estabilidad financiera y en relación amigable al desarrollo de la economía mundial no solo de los países miembros sino que se incluyen también a países en vías de desarrollo económico que, siempre dentro del marco del crecimiento del comercio mundial multilateral y no discriminatorio. En la actualidad la OCDE se ha convertido en el instrumento internacional más efectivo en materia de cooperación internacional[40].

La "... efectividad del trabajo de la OCDE consiste en el examen mutuo entre los gobiernos, la vigilancia multilateral y la presión de grupo para conformar o reformar en áreas como la convención, en la lucha contra la corrupción y en las transacciones internacionales. La OCDE analiza cómo la revolución tecnológica informática contribuye al crecimiento económico y ayuda a los gobiernos a crear políticas económicas al mismo tiempo que trabaja en las causas y soluciones para reducir el desempleo. El trabajo de análisis y consenso en materia comercial, como el comercio de servicios, es crucial para el éxito de las negociaciones de tratados internacionales...[41]"

A nivel regional la OCDE también tiene una relación efectiva con los parlamentarios de sus países miembros por los vínculos con el Consejo de Europa y su Asamblea Parlamentaria, y el Comité Económico y de Seguridad de la OTAN y con la Organización Internacional del Trabajo, la Organización para la Agricultura y la Alimentación y el Fondo Monetario Internacional. La OCDE también se coordina con la Conferencia Europea de Ministros de

39. http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm

40. http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm; www.oecd.org/civilsociety

41. www.oecd.org/emerging

(http://www.mafius.com/2012/la-organizacion-para-la-cooperacion-y-el-desarrollo-economico-ocde)

Transporte, en materia de la optimización de los sistemas de transporte[42].

En 1994 ante la presión de varios países desarrollados, con Estados Unidos a la cabeza, instaron a que sea este organismo el que se pronuncie y lidere una cruzada de combate a la corrupción. Efectivamente y luego de un arduo trabajo de convencimiento expide la "Recomendación para combatir el soborno en las transacciones comerciales internacionales", que no conllevaba sino el propósito de homogenizar la revisión de las legislaciones nacionales relacionadas los sobornos.

Posteriormente en mayo de 1996, el Consejo Ministerial aprobó la "Recomendación para la deducción impositiva de los sobornos a los funcionarios públicos del extranjero" y desde allí se emitieron y aprobaron una serie de compromisos internacionales para afrontar la práctica de la corrupción sobre la base de que esta lucha no es nacional sino internacional. Resumiremos los principales acontecimientos de carácter internacional que se sucedieron bajo la iniciativa de la OCDE

a) El 6 de diciembre de 1994 el Consejo de la Unión Europea emite una Resolución en la que exhorta a los Estados a adoptar medidas eficaces para sancionar sobornos en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades en relación con los intereses financieros de éstas.

b) Existe el Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad del 26 de julio de 1995 y sus Protocolos de 27 de septiembre de 1996 y de 19 de junio de 1997. En ellas se determinan las conductas penalmente relevantes de los funcionarios nacionales y de la Comunidad pueden ser consideradas como delitos de fraude, corrupción y malversación de fondos.

c) Convenio de 26 de mayo de 1997 relacionado con la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea en el que se adopta un concepto de corrupción muy amplio.

42. (http://www.mafius.com/2012/la-organizacion-para-la-cooperacion-y-el-desarrollo-economico-ocde)

d) Recomendación Revisada sobre la Lucha Contra el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) el 23 de mayo de 1997

En 1997 se firma la Convención de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos en las transacciones comerciales internacionales que establece medidas relativas a la corrupción, su prevención, tipificación como delito, cooperación internacional y recuperación de activos. Considera ilegal el pago de sobornos para la obtención de negocios internacionales.

El Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción de 9 de diciembre de 2003, en el que intervinieron cerca de 100 países es el más serio esfuerzo de la comunidad internacional para reprimir penalmente los actos de corrupción del sector privado y de su contraparte, los funcionarios públicos, conminando a los países firmantes a incluir y tipificar en sus legislaciones nacionales los delitos de cohecho activo y pasivo cometidos por funcionario nacional, extranjero o de organizaciones internacionales, la malversación, el tráfico de influencias, abuso de funciones o del cargo. En lo procesal lo más destacado es la adopción del principio de inversión de la carga de la prueba en delitos como el enriquecimiento ilícito traducido en el incremento patrimonial no justificado de un funcionario público cuando tenga imposibilidad de demostrar el origen lícito de sus ingresos.

La OCDE, ya en la práctica, en sus archivos registra más de noventa personas jurídicas, en 14 estados parte de la Convención Anticohecho[43], acusadas de sobornos transnacionales. A otras 55 personas jurídicas se les ha impuesto sanciones administrativas y civiles por el delito de soborno transnacional. Como una muestra de la seriedad con la que se aplica la convención la multa monetaria más alta impuesta a una empresa en un caso concreto fue de mil quinientos millones de Euros[44].

43. La convención Anticohecho es el nombra abreviado que se usa para referirse a la Convención para Combatir el cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE)

44. Resumen informativo del Encuentro Regional sobre el sector privado y lucha contra a corrupción. realizada en Bogota – colombia el 7 y 8 de marzo del 2013. Ver en http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_resumen.pdf. Ultima consulta el 17 de marzo del 2016, 20h55.

1.6.2.1.4.- La Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

En el Artículo 1.1 se define al cohecho el actuar de una persona que deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, buscando que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales.

En el Artículo 2 los estados parte se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias y de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho a un funcionario público extranjero.

En cuanto a las sanciones, Articulo 3, este Convenio establece dos mecanismos regulatorios dependiendo si el acusado es una persona física o jurídica. Para los segundos, en caso de la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Penalidades pensadas más en función de aquellos países que tienen un régimen administrativo de procesamiento a las personas jurídicas.

En relación con las medidas de prevención en las personas jurídicas y corporativas, Articulo 8, los estados se comprometen igualmente a tomar las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentaciones relativas al mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de rendición de cuentas y auditoría, con el fin de prohibir el mantenimiento de registros extracontables, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sujetas a dichas leyes y reglamentaciones, con el fin de sobornar a funcionarios públicos extranjeros o de ocultar el cohecho.

En resumen, esta Convención pone especial interés en el combate a la corrupción también desde el plano de la prevención. Así por ejemplo en el caso del cohecho y lavado de dinero los estados implementaran las medidas jurídicas que obliguen a las empresas privadas a mantener libros y registros contables, a divulgar estados financieros y usar normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito, reza el Art. 8, numeral 1. A continuación, en el numeral 2, conmina a que se tipifiquen sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para tales omisiones en la forma de registrar estos asientos contables. En cuanto al tiempo de prescripción éste deberá permitir un plazo adecuado para la investigación y el enjuiciamiento de ese delito, es decir, deberá ser limitado.

Busca igualmente crear un sistema muy sólido sobre el cual se levanten relaciones altamente transparentes, en lo moral y en lo jurídico, entre el Estado y las empresas privadas, lo que conlleva un compromiso biunívoco de elevar los estándares de transparencia y colaboración entre el estado y las empresas y entre éstas mediante la implementación de código de conducta, controles internos, auditorias, certificaciones, adopción de normas de contabilidad y auditorias aceptadas internacionalmente, control de rubros que constituyan pagos de sobornos, la participación de la sociedad civil, entre otras.

En relación con la responsabilidad penal, el cohecho de un servidor público deberá ser castigado mediante sanciones "penales eficaces, proporcionales y disuasorias" que en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición, si existe esta petición.

En relación con las personas jurídicas, el Art. 3 numeral 2 del Convenio prescribe que "...En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales scrán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones

monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros..." prescripción aplicable a los estados que tienen otro régimen sancionador distinto del penal para el caso de las personas jurídicas.

1.6.3.- Unión Europea

La UE fue establecida por los miembros de la Comunidad Europea (CE) el 1 de noviembre de 1993 cuando entró en vigor el Tratado de la Unión Europea (TUE). Los acuerdos aduaneros y sobre inmigración llegaron a un punto crucial que permitieron un relajamiento de los controles fronterizos con el fin de permitir a los ciudadanos europeos mayor libertad para vivir, invertir, trabajar o estudiar en cualquiera de los estados miembros.

En materia de compras o contratación pública la Unión Europea ha expedido una normatividad jurídica con leyes que permiten a las autoridades encargadas de los contratos excluir a empresas o compañías que exhiben comportamientos dolosos o aplican prácticas corruptas o fraudulentas. Tiene como misión el aumentar la transparencia, iniciar la apertura de las adquisiciones públicas y garantizar un tratamiento no discriminatorio de los proveedores miembros y de la comunidad europea.

El 26 de mayo de 1997 la Unión Europea aprobó la Convención para la lucha contra la corrupción de funcionarios de las Comunidades Europea el mismo que obliga a comprometerse a todos los Estados miembros a tipificar como delito la corrupción activa y pasiva cometida por funcionarios de la Comunidad y por funcionarios públicos de sus Estados miembros, o contra ellos, independientemente de que haya intereses financieros de la Comunidad en juego.

Pero el papel jugado por la unión Europea en el marco de la corrupción en las actividades empresariales ha significado un avance importantísimo en la legislación comunitaria[45].

45. La contratación pública es también una actividad económica principal del gobierno puesto que, de existir corrupción en ella, podría influir mucho en el dinero de los contribuyentes. En la Unión Europea, la contratación pública equivalió, aproximadamente, a 1,5 billones de euros en 2002. En los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 15% del Producto In-

1.6.3.1.- La normativa comunitaria.

En relación con instrumentos sancionadores a consecuencia de la imputación penal a las personas jurídicas es claro precisar e identificar un conjunto de complejidades y características subsistentes en el mapa punitivo de la Unión Europea, en relación con la RPPJ:

1.- La existencia de un sistema dual administrativo sancionador que coexiste con el sistema penal, ambos en relación de completa autonomía pero simultáneamente en proceso de continuo acercamiento en las legislaciones de varios países de la Unión.

2.- Una mayor eficacia de las políticas comunitarias exigen evidentemente una necesidad de homogenización de las legislaciones nacionales en relación con temas como la RPPJ. Lastimosamente la realidad normativa en este punto todavía sigue siendo muy diferenciada y lejos de una homogenización legislativa en la Unión Europea.

Principales instrumentos europeos enfocados al establecimiento de la responsabilidad penal de la las personas jurídicas son los siguientes:

1.- La Recomendación N.R(88)18, del 20 de octubre del Consejo de Europa, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que determina un marco elemental de responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ámbito de sus actividades. Se recomendaba sanciones penales para la empresa en función al tipo de infracción cometida, la gravedad de la misma, las consecuencias sociales de la falta y el carácter preventivo que la sanción debe tener para evitar su reproducción. Se solicitaba la penalización por las actuaciones de los representantes legales que amparados en el reglamento estatutario de las empresas cometían delitos e infracciones penales. Esta resolución viene a constituir el primer intento serio de homogenización de la legislación penal europea enfocada a la criminalización de ciertas conductas empresariales que se repetían en la

... terior Bruto. Los intereses económicos en juego, el volumen de transacciones dentro del ámbito mundial y la interacción más estrecha entre e los sectores público y privado la hacen especialmente vulnerable a la corrupción. Ver en INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BUENAS PRÁCTICAS DE LA "A" A LA "Z, OCDE, https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf Ultima consulta 2 de octubre del 2016, 10h30.

Unión. La generalidad en los campos de aplicación y el contenido como un signo de expresa preocupación de la comunidad europea por el establecimiento de una responsabilidad penal empresarial, es la particularidad de esta recomendación.

2.- Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo que no descarta el establecimiento de diversas sanciones, entre ellas las penales, contra la falsificación del euro.

3.- La decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

4.- El convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre del 2001 igualmente previó la responsabilidad penal de las empresas cuando una persona física que actuando en calidad de directivo, de representante o apoderado de la Empresa e incluso por medio de cualquier persona que simplemente opere con autorización de alguno de los mencionados sujetos, cometa las infracciones previstas en el Convenio.

5.- La Decisión Marco 2002/475/JAI del 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.

6.- Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre que reprime el penalmente la ayuda a la entrada, circulación y a las instancias irregulares.

7.- La Decisión Marco 2003/80/JAI del 27 de enero sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal.

8.- La Decisión Marco/2004/568/JAI del 22 de julio sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado.

9.- La Decisión Marco/2004/68 sobre la explotación sexual y pornografía infantil.

10.- La Decisión Marco 2004/757/JAI del 25 de octubre sobre el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

11.- La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos.

12.- La Decisión Marco/2005/667 sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques.

13.- La Decisión Marco/2008/841/JAI de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

14.- La Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre relativa ala protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

16.- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio que establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

17.- La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril del 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Los aspectos que caracterizan a todo este conjunto de instrumentos podríamos resumir en los siguientes puntos:

1.- Es insoslayable el hecho de que la emergencia de nuevas formas de delincuencia que la globalización trajo consigo obliga a los países europeos a buscar nuevas estrategias de criminalización y castigo, a delitos como la delincuencia económica, el lavado de activos, la pornografía infantil, el medio ambiente, la ciberdelincuencia y otras manifestaciones modernas de la criminalidad. Estas nuevas estrategias implican la aceptación de la imposibilidad de afrontar estas nuevas amenazas con el sistema de responsabilidad penal individual imperante y rediseñar instituciones penales que vayan más allá de la responsabilidad de la persona física y se concentre en la responsabilidad misma de la persona jurídica. El derecho penal vigente muestra déficits preventivos que deben ser superados por nuevos mecanismos sancionatorios nacionales y comunitarios.

2.- Han sido razones de un estricto carácter político-criminal que han mo-

tivado a la Unión Europea la búsqueda de respuestas penales alternativas a través de un proceso lento de armonización legislativa de regulaciones que tienen características diferentes en cada país miembro. No es desconocido el hecho cierto de que el mercado común en la región es el objetivo principal sobre el que se debe trabajar y en el que las empresas privadas juegan un importante papel en el flujo comercial y financiero del mercado. La necesidad de regular sus actuaciones y sancionar las infracciones cometidas en este marco dominó el marco de las preocupaciones de las autoridades y de los principales órganos de decisión y control de la Unión, emitiéndose Decisiones Marco, Directivas y hasta la celebración de Convenciones que se firmaron con el propósito de buscar una solución al problema de la delincuencia empresarial.

3.- La Recomendación N.18 (88) del 20 de octubre del Comité de Ministros de Europa, expresa la primera preocupación elevada a la categoría de una verdadera exigencia por la implementación de sistema homogéneo de responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de los compartimientos legislativos de cada país. A partir de esta recomendación hubo decenas de iniciativas comunitarias descritas anteriormente que creemos indispensable caracterizarlas de forma general.

4.- En elemento característico de la variedad de estos instrumentos jurídicos comunitarios es la imposibilidad de construir un solo cuerpo jurídico normativo que abarque un tratamiento jurídico para la generalidad de infracciones y sanciones. Muy por el contrario, la diversidad de regulaciones expresa la respuesta dispersa y heterogénea que contiene disposiciones normativas mínimas (solo en el aspecto sustantivo, en el aspecto adjetivo o procesal es prácticamente inexistente) que finalmente servirán apenas como referentes para su implementación y desarrollo dentro de sus legislaciones nacionales.

5.- Casi todos los autores coinciden que la mayor parte de estos instrumentos no contienen de manera concreta y clarea referencias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Varios países tienen una estructura sancionatoria administrativa y otros tienen un sistema que cae dentro del derecho penal pasando por una serie de matices que es necesario comentar luego de este acápite.

6.- El sistema de imputación adoptado por varios de estos instrumentos admiten una responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de las actuaciones realizadas por las personas físicas actuando a título personal o como ejerciendo algún tipo de representación legal o de hecho, o incluso actuado por orden o mandato de éstos. Tal es el caso del Convenio sobre Ciberdelincuencia del 23 de noviembre del 2001, Consejo de Europa, Art. 12.2. Es decir, se sugiere un sistema de imputación por hecho ajeno en el que si no se identifica a la persona física autora de la infracción no existe responsabilidad penal. Para la determinación se requiere el cumplimiento de varios presupuestos. Cuesta Arzamendi y Ana Pérez[46] invocan al art. 8.1 de la Decisión Marco 2000/383/JAI de 29 de mayo el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales, y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, para concretar los presupuestos bajo los cuales la comisión de la infracción por parte de una persona física determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas: 1) Se trate de infracciones cometidas en su beneficio por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basada en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b)una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica; 2) La falta de vigilancia o control haya hecho posible que una persona física sometida a su autoridad cometa infracciones.

7.- En cambio la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril del 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Decisión Marco/2005/667 sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques; La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos; la Decisión Marco/2004/68 sobre la explotación sexual y pornografía infantil, establecen un modelo de responsabilidad penal de los entes empresariales por hecho propio. No es necesario individualizar primero la conducta de la persona física para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Se puede determinarla analizando el contexto empresarial dentro de sus actividades corporativas realizadas

46. Cuesta Arzamendi José y Pérez Machio Ana.. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En armonización Penal en Europa. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 2013. Pág. 57-59

como organización en general.

La responsabilidad penal recae tanto en las personas físicas como en las personas jurídicas independientemente una de otra, siendo la correspondiente a la persona jurídica un ámbito privativo y discrecional de los Estados miembros pudiendo estos adoptar un régimen de responsabilidad administrativa o penal.

8.- En relación a la definición de persona jurídica una buena parte de ellos[47] acepta la definición que contiene el Articulo 2 d) de la Directiva 2008/99/CE del 19 de noviembre, sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

La define como: "...Toda persona jurídica conforme al Derecho Internacional aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales publicas...". Definición a más de ser originaria de la tradicional exclusión de los Estados y de las organizaciones internacionales públicas, o privadas con funciones públicas, como sujetos del delito, conlleva un alto contenido de política criminal que presume infundadamente la incapacidad de estas instituciones de cometer delitos.

10.- Múltiples instrumentos contemplan igualmente una diversidad de sanciones que se han estructurado como sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Un ejemplo es lo que establece el Art. 9.1 de la decisión Marco 2000/383/JAI de 29 de mayo sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, en la que dispone que cada Estado miembro adoptara las medidas necesarias para que las persona jurídica considerada responsable le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluirán multas de carácter penal

47. Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo que no descarta el establecimiento de diversas sanciones, entre ellas las penales, contra la falsificación del euro; La decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, art. 1b); La Decisión Marco 2003/80/JAI del 27 de enero sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; La Decisión Marco 2004/757/JAI del 25 de octubre sobre el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, art. 1.3; La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos, art.1 c)

o administrativo y que podrán incluir otras sanciones como:

a) Exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales c) vigilancia judicial, o d) medida judicial de liquidación.

11.- De todas formas la normativa de la Unión Europea ha concretado varios esfuerzos en diversos instrumentos indicativos a propender legislaciones nacionales que diseñen mecanismos o modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas independientemente de la actuación de las personas físicas. Modelos que vayan por la tendencia determinar con mayor precisión los hechos propios que puedan acarrear responsabilidad penal de las mismas.

1.6.4.- Comisión Económica para Europa (CEPE)

Esta organización ha emitido 26 recomendaciones para simplificar y armonizar los procedimientos del comercio para facilitar las transacciones internacionales mediante la simplificación y armonización de los procedimientos y las corrientes de información, contribuyendo así al crecimiento del comercio mundial.

Como contribución a la lucha contra la corrupción facilita que los operadores comerciales puedan ser eficientes, eliminando las barreras de procedimiento del proceso de intercambio y buscando armonizar los requisitos de información.

1.6.5.- Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La OEA es una organización internacional de carácter regional y principal foro político para el diálogo multilateral y la toma de decisiones de carácter hemisférico. La OEA tiene su sede en Washington DC, Estados Unidos (EE. UU.). Actualmente la Organización está compuesta de 35 países miembros.

Con fecha 29 de marzo de 1996, la Conferencia Especializada de la Organización de los Estados Americanos contra la Corrupción, reunida en la ciudad de Caracas, aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción. El instrumento entró en vigor el 4 de marzo de 1997, a los treinta días de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación.

Leyes modelo relativas al enriquecimiento ilícito y el soborno transnacional que pudieran utilizar los Estados miembros. La Organización trabaja para fortalecer la paz y seguridad, consolidar la democracia, promover los derechos humanos, apoyar el desarrollo social y económico y promover el desarrollo sostenible de los países de América. Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

La OEA es una entidad de carácter público con personalidad jurídica constituida por medio de una decisión libre y soberana de los estados parte por medio de un tratado constitutivo internacional en el mismo que están estipulados claramente los fines que persigue. El instrumento constitutivo es la Carta de la OEA la misma que fue aprobada en la Novena conferencia Internacional americana celebrada en la ciudad de Bogotá en 1948. Hasta la presente fecha se han realizado cuatro reformas. En ella se encuentran descritos los principios y objetivos que inspiran a la organización así como también la estructura y las funciones de los principales órganos que integran la OEA. Inicialmente estaba conformada por 21 países [48] y hoy cuenta con la adhesión de 34 países miembros.

La OEA es una organización internacional integrada como organismo regional dentro del sistema de Naciones Unidas que tiene como principales objetivos el asegurar la paz y la seguridad, promover la democracia y proteger los derechos y libertades fundamentales en el continente americano.

48. La Organización de Estados Americanos es considerado como el organismo regional más antiguo del mundo. Tiene su antecedente en la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, Estados Unidos, de octubre de 1889 a abril de 1890, en la que se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas cuyo entramado posterior conformaría en denominado sistema interamericano.

1.6.5.1.- La corrupción como factor dinamizador de la legislación regional impulsada por la OEA.

La globalización como fenómeno socio económico también tiene su ámbito de influencia en el continente americano evidenciado por una serie de políticas adoptadas por exigencias de los organismos internacionales de crédito o simplemente como condicionamientos cumplidos para el acceso a mercados más amplios dentro de los procesos bilaterales o multilaterales de comercio e integración. Procesos de privatización de las empresas y servicios públicos, desregulación y eliminación del control de capitales y las inversiones directas, los avances tecnológicos en los bienes de capital y en las tecnologías de la información, circulación libre de los recursos y transacciones bancarias, eliminación de barreras arancelarias, ha generado el agravamiento del fenómeno de la corrupción a escalas no imaginadas antes.

Esta estructura de la moderna economía mundial a gran escala viabiliza los pagos y la circulación de capitales de origen ilícito y delictuoso en los que la empresa privada y las personas jurídicas juegan un importante papel en este engranaje de corrupción global[49] .

Los efectos perniciosos en la economía de los países considerados en forma individual y como parte de una región han sido avizorados por los organismos internacionales que frente a la complejidad del fenómeno y de la dificultad de individualizar a los autores han desarrollado una serie de iniciativas de carácter global para volver eficiente una eficiente política punitiva anticorrupción orientadas a la investigación para prevenir y castigar prevenir, investigar y penar el lavado de activos que tengan origen ilícito[50].

---

49. Rebossio Alejandro. Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica. Al comentar la elaboración de un informe del ranking de Transparencia Internacional sobre los países "...cuyas empresas más sobornaban cuando hacían negocios en el exterior (de un total de 28 países, México se encontraba entre los peores, en el puesto 26°; Argentina, 23° y Brasil, 14°). Hoy veamos el reciente informe de la agencia privada de investigación Kroll sobre fraude corporativo en el mundo...". http://blogs.elpais.com/eco-americano/2011/12/siete-de-cada-diez-empresas-en-latinoam%C3%A9rica-dicen-que-sufrieron-fraudes.html. Consulta ultima el 16 de marzo del 2016, 19h32.

50. En este sentido el inciso cuarto y quinto del Preámbulo de la Convención Interamericana Contra La Corrupción fundamenta el acuerdo sobre la base de que existe un convencimiento de que "... el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; ...la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;..."

Los esfuerzos Internacionales en la lucha contra la corrupción requerida nuevas iniciativas que terminaron creando un nuevo paradigma de las relaciones internacionales y en las relaciones gobierno y empresa privada que abrió las puertas a la firma de acuerdos internacionales contra la corrupción como es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996 y la Convención de la OCDE contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales en 1997, acuerdo que ya lo mencionamos anteriormente, que junto con otras iniciativas comentadas culmino con la Resolución N. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 31 de octubre de 2003, suscrita en Mérida, México.

1.6.5.2.- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

Fue producto de la conferencia Especializada convocada por la Organización de Estados Americanos realizada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, Nótese que no es consecuencia de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas del 2003 lo que quiere decir que los estados americanos ya reconocieron la trascendencia internacional del fenómeno de la corrupción como para anticipar a la comunidad internacional la necesidad una cooperación eficaz[51].

El punto en esta parte de nuestro estudio es verificar si esta Convención contiene, sino una conminación directa dirigida al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al menos indicios de que nos permitan visualizar una posibilidad a futuro de reforma penal en este sentido, teniendo en cuenta que los objetivos de la Convención son el promover y fortalecer el desarrollo de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

1.- No se refiere exclusivamente a las medidas de orden penal y procesal penal. Más se refiere al desarrollo e implementación de medidas admi-

51. Rebossio Alejandro. Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica. Ob.cit. "... Tres de cada cuatro empresas en Latinoamérica dijeron en una encuesta de Economis t Intelligence Unit para Kroll que habían sufrido algún fraude corporativo en el último año (2010/2011). Se trata de una cifra superior a la de las compañías en Norteamérica (66%), Europa (71%) y Medio Oriente (68%), similar a las del sudeste asiático, pero menor que las de China e India (84% cada una) y África (85%).Los principales delitos que padecen las firmas en Latinoamérica son el robo físico (25% de las encuestadas), la pérdida de información la corrupción(24%) y el fraude de proveedores y distribuidores (23% cada uno). Los sobornos no aparecen como problemas importantes en Norteamérica, Europa ni

nistrativas de control de las actividades de los funcionarios públicos para evitar actos de corrupción.

2.- Se respeta la potestad de la administración penal de cada estado ejercer su propia jurisdicción en relación con los delitos tipificados conforme a esta Convención.

3.- De acuerdo con el Artículo XI se define los actos de corrupción al cohecho activo y pasivo, la concusión, el peculado, el tráfico de influencias que se los define en la Convención.

5.- Los estados parte tienen la obligación de tipificar en sus legislaciones internas el delito de soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito, constantes en los artículos 8 y 9.

6.- De estos delitos, únicamente el soborno transnacional[52] contempla expresamente a las "empresas" como sujetos activos del delito, lo que nos permite deducir que la normativa del convenio anticorrupción reconoce la potencialidad que esta práctica de ofrecer dineros, bienes o favores a los funcionarios públicos es un "delito" que puede ser cometido por una persona jurídica. No habla de infracciones administrativas que puedan ser impuestas por la respectiva autoridad de este ramo. Es claro el imperativo de la Convención en relación con los términos delito-empresa, cuando determina que "...A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas..."[53].

52. Artículo VIII. Soborno transnacional. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

En relación con las otras infracciones, que en nuestra legislación ecuatoriana la conocemos como delitos en contra de la administración del Estado, no existe una referencia directa de la empresa como sujeto activo. Sin embargo, las mismas razones jurídicas que tuvo el legislador internacional para introducir la posibilidad de responsabilidad penal de las personas morales en los delitos de soborno transnacional la tendría el legislador nacional para la complementación típica de los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito en el que participan las personas jurídicas. De hecho con la reforma penal ecuatoriana mediatizada con el código Orgánico Integral Penal expedido el 10 de febrero del 2014 se introduce la responsabilidad corporativa en delitos económicos acogiendo la recomendación y la exigencia de las Convenciones en contra de la corrupción.

De acuerdo con el trabajo realizado por Silvina Bacigalupo[54] la tipificación obligatoria de delitos derivados de los Convenios internacionales contra la corrupción incluyen de forma más o menos similar los siguientes delitos de obligada inclusión en la legislación penal:

- Soborno activo/pasivo de funcionarios públicos nacionales.
- Soborno activo de funcionarios públicos extranjeros.
- Soborno en el sector privado (corrupción entre particulares).
- Malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes públicos.
- Blanqueo de capitales.

A parte de la tipificación obligatoria se encuentran las convenciones que establecen una tipificación facultativa de delitos vinculados a conductas de

53. Artículo XI. "...Desarrollo progresivo. 1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:..."

54. Bacigalupo S, Lizcano J. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados

corrupción que se asocian con los anteriores pero que se los incluye bajo la pretensión de cumplir un alto estándar de prevención. Estos delitos son:

. Soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros, que debería incluir también a los pequeños pagos de facilitación que se indica en el propio Convenio OCDE.

- Tráfico de influencias.
- Abusos de funciones o del cargo.
- Enriquecimiento ilícito.
- Inveracidad en cuentas anuales.
- Financiación de partidos políticos.

A manera de resumen, tanto la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las Naciones Unidas (NNUU) (Se las enumera en ese orden en función cronológica de los instrumentos internacionales establecidos por aquellas organizaciones internacionales) han impulsado la firma de varios convenios "... en los que los Estados parte se comprometen y/o obligan a establecer normas específicas que regulan el soborno y la responsabilidad penal de las empresas las relaciones comerciales internacionales de las empresas a fin de proteger la transparencia, la libre competencia y evitar prácticas abusivas..."[55]. Estas convenciones que fueron determinantes a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente en Latinoamérica, son la Convención Interamericana contra la corrupción, OEA (1996); el Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (Paris, 1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (2003), Res. 58/4, Asamblea General de la ONU a la que Europa se adhirió en el 2005 y entro en vigencia en el año

55. Bacigalupo S, Lizcano J. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Colección de estudios N.1, Serie: análisis, Área Institucionalidad Democrática. Programa para la cohesión social en América Latina. Cyan. Proyectos Editoriales S.A. Madrid.2013.Pag. 22.

2008.[56] En estos acuerdos internacionales constan recomendaciones expresas para establecer medidas "eficaces, disuasorias y preventivas" como consecuencia de un régimen punitivo para las personas jurídicas respetando los principios particulares de carácter legal y constitucional que cada país tenga establecido para tal empresa.

Como conclusión final podemos afirmar que, luego del análisis de estas convenciones internacionales y regionales, se constata que lastimosamente no es un imperativo directo la exigencia de la norma internacional para la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones penales de los países miembros. Las sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas es una expresión que busca asociar el éxito de un derecho sancionador o punitivo con la lucha emprendida por la comunidad internacional contra la corrupción dentro del marco general del enfrentamiento al crimen organizado. No es solo la represión el norte político de estas convenciones sino también la adopción obligatoria de ciertos estándares de conducta por parte de las empresas y personas jurídicas para legitimar sus actividades comerciales con el mercado nacional e internacional. De tal forma que, como ya habíamos hecho referencia antes, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las mismas Naciones Unidas (NNUU) han impulsado la firma de convenios y tratados en contra de la corrupción para lograr relaciones comerciales en las que el papel de las personas jurídicas, como actores destinados a lograr procesos de cooperación e integración transparentes, es cada vez más preponderante[57].

56. Bacigalupo S, Lizcano J. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionadoscon la corrupción. Ob. Cit, Pag.22

57. José Miguel Iinsulza, ex Secretario general de la OEA decía en su discurso de apertura de la Tercera Reunión de la Conferencia de los Estados parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención interamericana contra la corrupción (MESICIC) realizada en Brasilia, Brasil, 9 de Diciembre de 2010 "... Todo lo anterior muestra que hemos venido dan do pasos concretos y útiles para fortalecer la cooperación contra la corrupción y así lo están percibiendo los ciudadanos. De acuerdo con el Informe Latinobarómetro 2007, la corrupción era considerada uno de los cuatro principales problemas que enfrentan los países de la región, junto con el desempleo, la delincuencia y el funcionamiento de la economía...". Ver más en http://www.oas.org/juridico/cepIII_sg_anex1.pdf. Última consulta 17 de marzo del 2016, 20h33.

1.6.6.- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)

Con 21 naciones de la región de Asia y el Pacífico han adoptado una declaración sin fuerza de ley contra la corrupción. Se conoce como Plan de Acción ADB/OCDE contra la Corrupción en Asia y el Pacífico, convenio patrocinado por el Banco Asiático de Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

Este Plan de Acción, OCDE, ha puesto énfasis en sus actividades al tema urgente del soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, financiando con el FMI proyectos encaminados a crear y reformar instituciones para disminuir su índice de influencia.

En 1997, el Consejo de la OCDE aprobó la Recomendación orientada a combatir el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Esa Recomendación, establece obligaciones específicas con respecto a la tipificación de delitos, la imposición fiscal, la rendición de cuentas, las auditorías externas y las adquisiciones públicas, incluidos los contratos financiados mediante asistencia para el desarrollo.

De manera similar a otras convenciones, ésta permitiría a los Estados miembros de la OCDE y otros Estados actuar de manera coordinada para adoptar legislación nacional que tipifique como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros. La Convención establece una definición amplia y clara del soborno, impone sanciones disuasivas, establece un fuerte criterio de represión y prevé la asistencia jurídica recíproca. Es necesario mencionar que el OCDE penalizó una práctica que se hizo común en Alemania, y que constaba escrita en su código fiscal, que permitía la deducción de pago por sobornos como gastos de negocios, situación que terminó por presión del OCDE.

1.6.7.- Fondo Monetario Internacional (FMI)

El FMI (en inglés: International Monetary Fund, IMF) fue fundado el 22 de julio de 1944 durante una convención de la ONU en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos. Tiene como objetivos principales la promoción de políticas cambiarias sustentables a nivel internacional, facilitar el comercio internacional y reducir la pobreza. Forma parte de los organismos especiali-

zados de las Naciones Unidas siendo una organización intergubernamental que cuenta con 184 miembros. Actualmente tiene su sede en Washington DC, EE.UU.

Desde hace varios años existe una normativa que se aplica en las contrataciones vigentes en los organismos internacionales de créditos que han incluido cláusulas vinculadas con la transparencia, particularmente definiendo las figuras de fraude y corrupción. Es en esa línea que como "práctica corrupta" incluyen al ofrecimiento, suministro, aceptación o solicitud, directa o indirecta, de cualquier cosa de valor con el fin de influir en la actuación de un funcionario público con respecto al proceso de contrataciones o a la ejecución del contrata. Es reconocido que uno de los objetivos que tiene el FMI para los países en desarrollo, es fortalecer su gobernabilidad, crear un buen clima para la inversión, construir sistemas financieros y legales transparentes y combatir la corrupción.

La Convención Interamericana recomendó al Ecuador cuatro puntos para mejorar el trabajo en esta área: la negación de beneficios tributarios, la prevención del soborno; que se tipifique como delito de soborno trasnacional comerciales internacionales.11

1.6.8.- Transparency International (TI)

Transparencia Internacional es una organización de sociedad civil sin fines de lucro formada en 1993 con la intención dc movilizar y liderar el combate a la Corrupción en el mundo, a través de la formación de una coalición global comprometida con este objetivo. Su sede administrativa está en Berlín.

En Ecuador Transparencia Internacional Ecuador es un organismo no gubernamental, fundado en el país en 1994, con el objetivo de incidir efectivamente en la promoción de la transparencia y la integridad, y el combate a la corrupción, como medios para asegurar una mejor calidad de vida de los ecuatorianos, coadyuvar al ejercicio legítimo de la autoridad, y a la rendición de cuentas.

Está entre sus objetivos contrarrestar la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Proporciona insumos y asistencia a la labor de

varias organizaciones intergubernamentales, incluidas las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el FMI, la OEA y la OCDE (en particular su grupo de trabajo sobre el soborno internacional).

TI define la corrupción como el abuso en beneficio propio del poder que se ha atribuido a una persona determinada. Actualmente, mucha gente suele definir la corrupción como el abuso del poder público en beneficio privado, pero el sector privado está tan extendido en la actualidad que es imposible no incluir la corrupción en este ámbito en cualquier definición. Uno de los ejes principales del trabajo de TI es incrementar el acceso a la información y la comprensión de la necesidad de mayor transparencia en los Gobiernos. En este punto TI tiene una alianza natural con los medios de comunicación.

El 30 enero de 2008 en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Transparencia Ecuador presentó el resultado de la Primera Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno realizada por Transparencia Internacional, que midió las experiencias de los ciudadanos, tanto de la Región Costa como de la Región Sierra, y el entorno a la corrupción en 23 servicios públicos dando como resultado que:

Son 177,7 USD anuales, en promedio, destinan los hogares para sobornos y USD 533 millones anuales se pagan en sobornos.

Los hogares que reportan un ingreso de un salario mínimo vital para su subsistencia, destinan el 8.7% anual al pago de sobornos.

En el estrato de nivel socio- económico de menores ingresos, la suma asciende al 23.7% para el pago de sobornos en instituciones como el Registro Civil, la Policía Nacional, la Función Judicial, etc.

La evidente conclusión de este estudio no sería otra que la gente más afectada por la existencia de la corrupción son los pertenecientes a los estratos económicos medios y bajos de la población. La existencia de la corrupción no genera beneficios como erróneamente se cree sino que perjudica a la mayoría de la población que deben destinar cerca del 23.7 por ciento de sus ingresos al pago de sobornos y coimas a los funcionarios públicos[58].

Según la información estadística de la Web site of Economic Freedom

Network "...el Ecuador en 1970 alcanza el puesto 54; en 1975 desciende al puesto 72; en 1980 ocupa el puesto 105; en 1990 ya ocupa el puesto 113; 1995 se encuentra en el puesto 123; en el año 2000 ocupa el puesto 123; para el año 2002 permanece en el puesto 123; en el año 2003 desciende al 127; en el año 2004 continúa descendiendo hasta el puesto 130; para el 2005 ya se encuentra en el puesto 141; en el 2006 desciende al 138; 2009 en el 146; en el 2010 descender al puesto 127 similar al que tenía en el año 2003.Con respecto al informe de 2012, Ecuador obtiene una evolución positiva de 3 puntos en la calificación y de 16 puestos en cuanto a la posición relativa mundial.

En el 2013 el índice de Percepción de la Corrupción (CPI) de Transparencia Internacional sitúa a Ecuador en el puesto 102 de 175 países evaluados a nivel mundial, con un índice de percepción de 35 puntos sobre 100 constituyéndose en una mejoría significativa para el país aunque no muy alentadora dentro del contexto latinoamericano en el que el Ecuador se encuentra considerado entre los países más corruptos.[59]

En el año 2006 Transparencia Internacional a través de la Corporación Latinoamericana de Desarrollo presentó un diagnóstico sobre la contratación pública en el Ecuador en el que describe el mapa de riesgos de corrupción en este campo, el mismo que fue un gran referente en la redacción de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aspecto que lo desarrollaremos en el próximo Capítulo.

Gran atención merece el trabajo realizado por TI denominado Sistema de Monitoreo de la Contratación Pública bajo la tesis que en nuestros países los grupos sociales más vulnerables son los que terminan siendo perjudicados por la corrupción en la contratación pública. Dice TI que si por ejemplo, un

58. Publicación de CERES, Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social, 2008. Artículo: La corrupción del Ecuador analizada en cifras. Ver otros criterios en http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=70322&umt=andres_tobar_hay_responsabilidades_del_soborno_en_ecuador_entre_ciudadano_y_sector_privado. Ecuador inmediato.com del 15 de noviembre del 2014.

59. 13 Diario El Telégrafo Ecuador mejora la lucha contra la corrupción:, Guayaquil, 27 de octubre del 2010, www.eltelegrafo.com: El repunte de Ecuador, que escaló del puesto 146 al 127 al lograr 2,5 puntos, está ligado a la percepción "quizá cuestionada" de una cierta mayor "permanencia" del sistema político, "pese al susto de hace un par de semanas...."). Igual información se puede encontrar en el portal http://www.administracionpublica.gob.ec/ecuador-mejora-en-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/. En Ecuador ama la vida del 20 de diciembre del 2013.

puente se rompe porque el contrato para su construcción se aprobó de forma ilegítima a una empresa no capacitada, o si los niños en edad escolar no tienen acceso adecuado a materiales didácticos porque los fondos del gobierno destinados a la compra de libros de texto son desviados por individuos deshonestos, es evidente que las víctimas de estas prácticas corruptas son los ciudadanos.

Estas prácticas "afectan directamente al bienestar de toda la sociedad"[60], dice Anal Lilia López, haciendo referencia en su estudio sobre Contrataciones públicas en América Latina en el que explica que las irregularidades en la contratación pública conducen a "la distorsión de una justa competencia empresarial, al malgasto de recursos escasos, al abandono de las necesidades básicas, a la perpetuación de la pobreza y desigualdad". Según sus cálculos, los países de todo el mundo gastan en promedio hasta un 70 por ciento de su presupuesto en contratos públicos, relacionados con la provisión de bienes, obras o servicios y alcanzan los 4 billones de pesos cada año. De esta cifra, calcula Transparencia Internacional, entre 10 y 25 por ciento, es decir, hasta 1 billón de pesos, "se pierde por corrupción" y en algunos casos esta la cifra puede alcanzar hasta el 40 y 50 por ciento del valor del contrato.

El sistema de monitoreo supone la necesidad de identificar mejor las etapas del proceso donde se dan los riesgos de corrupción en varios países de Latinoamérica a través de la identificación de una lista de 138 indicadores mínimos que tienen como referencia la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Igualmente TI tiene en marcha los conocidos Pactos de Integración que es una herramienta que ayuda a las empresas, a los gobierno y a la sociedad a trabajar conjuntamente contra la corrupción en la contratación pública fundamentada en la confianza mutua. Es decir, cumpliendo con los requisitos contractuales se consigue una abstención de las empresas a utilizar el soborno como método de evitar la corrupción[61].

El mecanismo a utilizarse en este proyecto es el denominado Testigo Social que es un representante de la sociedad civil que supervisa los pactos de integridad y no solo monitorea el proceso de contratación sino que busca maximizar el acceso a la información a través de los medios de comunicación. El testigo es una persona de reconocida integridad moral y cívica, personaje de gran

60. 14 Voltairenet.org. Ana Lilia Pérez, 25 de agosto del 2009

prestigio y confianza ciudadana para que sea una garantía de transparencia.

De acuerdo con una publicación de Transparencia internacional, "... Ecuador figura entre los países con mayor percepción de corrupción durante el 2015[62], en el reciente informe de la ONG Transparencia Internacional. El país se ubicó junto con Argentina en el puesto 107 de un total de 167, en el llamado Índice de Percepción de Corrupción, en que se evalúa a cada país con una escala de cero a 100. El país estuvo en el 2013 en la posición 102, un año después, en 2014, empeoró al caer al puesto 110, por lo que el año anterior logró mejorar tres puestos con un puntaje de 32 sobre 100. Este 'ranking', liderado por Dinamarca, Finlandia, Suecia, Nueva Zelanda y Holanda, como los menos corruptos, recoge una visión panorámica sobre el nivel de la corrupción, en función de la percepción de los ciudadanos de cada nación, especialistas y colectivos consultados por organizaciones internacionales, como el Banco Mundial. Estos países que se encuentran en las primeras posiciones de la lista se caracterizan por tener altos niveles de libertad de prensa, acceso a información sobre presupuestos, lo cual permite al público saber de dónde procede el dinero y a qué se destina. Así también cuentan con altos niveles de integridad entre los funcionarios públicos y el poder judicial es independiente de otros sectores del gobierno..."[63]

---

61. "...Transparencia Internacional en documentos anteriores ha advertido que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial» . Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que "el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riegos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea", e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los "efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior..." Ver más en http://www.agorarsc.org/60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos/ 60 medidas contra la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos. Ultima consulta 2 de octubre del 2016

62. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf Ultima consulta 2/0c/2016, a las 10h55.

63. Este contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: http://www.elcomercio.com/datos/ecuador-lista-paises-corruptos-transparencia.html. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. ElComercio.com

1.6.9.- El Banco Mundial

Esta importante institución ha identificado a la corrupción como el mayor obstáculo al desarrollo económico y social", porque reduce la tasa de crecimiento 0,5 a 1 por ciento anualmente. Al admitir que la transparencia es un elemento esencial para el buen funcionamiento de las democracias y las economías de mercado, los líderes, urgidos por Estados Unidos, se comprometieron a reforzar la cultura de la transparencia en las Américas y negarles refugio seguro a los funcionarios corruptos, a quienes los corrompen y a sus propiedades; y promover la transparencia "en la administración de las finanzas públicas en las transacciones del gobierno y en el proceso de adquisiciones y contratos gubernamentales, según datos revelados.

Para el año 2014 se constituye la Vicepresidencia de Integridad Institucional del Banco Mundial con el objetivo de prevenir, evitar e investigar los casos de fraude y la corrupción en las operaciones financiadas por el Banco Mundial en todos los países del mundo. Se ha investigado y sancionado a 71 empresas y personas por corrupción, colusión, fraude o prácticas coercitivas y con fines preventivos colabora con 13 empresas multinacionales para adecuar sus conductas a una normativa de prevención de la corrupción.[64]

1.6.10.- El Banco Interamericano de Desarrollo

En su afán por racionalizar los recursos que otorga en calidad de préstamos, auspició el estudio de la Corrupción en América Latina de una firma de investigación denominada Casals & Associates. Este estudio habla del fenómeno corruptivo como un mal que afecta la economía de los países americanos, más aún cuando las economías de estos países tienen una carga pesada de exclusión de la población que no recibe los servicios básicos que el Estado debe brindar, y esos servicio básicos son lo que se afectan cuando un porcentaje importante no llega al usuario final, al más necesitado, sino se queda en los bolsillos de la burocracia, en los funcionarios que tienen que ver con las adquisiciones y

64. Diario El Telégrafo. ONU realiza Campaña contra la corrupción. Guayaquil, 09 de diciembre del 2008, www.eltelegrafo.com: el Banco Mundial calcula que el monto global pagado en acciones corruptas o fraudulentas es de entre 1 billón y 1.6 billones de dólares al año. Ver más en http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2014/10/08/world-bank-group-integrity-report-sustained-global-interventions-transnational-corruption-challenges del 8 de octubre del 2014

contrataciones y en los proveedores.

Propone que la reforma del Estado en América Latina y el Caribe debe incluir medidas para aumentar la eficiencia y la transparencia en los procesos de compras y contrataciones del sector público, a fin de cerrarle el paso a la corrupción y fortalecer la credibilidad de los gobiernos democráticos.

Pero la corrupción no es un fenómeno exclusivo de los países desarrollados, incluso el fraude en las contrataciones públicas en EE.UU. representa un problema en gran escala a pesar de la acción de numerosos agentes del sector público dedicados a prevenir y detectar los fraudes, entre los cuales se incluyen los Inspectores Generales y los auditores de la Oficina de Contabilidad del Gobierno, quienes presentan regularmente informes ante comités de supervisión del Congreso Estadounidense. El FBI y el Departamento de Justicia prestan su apoyo al investigar y procesar a infractores de los sectores público y privado. Amparándose en la Ley de Libertad de Información para complementar y confirmar los antecedentes proporcionados por denunciantes, una prensa vigilante y una serie de organizaciones "fiscalizadoras" no gubernamentales perseveran en sus esfuerzos por investigar y denunciar actos de fraude y despilfarro en el gasto público.

En 2004, los líderes de APEC (Cooperación Económica de Asia y el Pacífico) aprobaron un Curso de Acción contra la Corrupción que incluye un fuerte compromiso para poner en vigor la Convención de la ONU contra la Corrupción y para trabajar a nivel regional para denegar asilo a funcionarios corruptos, a aquellos que los corrompen y a sus activos ilícitamente adquiridos.[65] De manera similar, los principales exportadores del mundo deben continuar su estrecha e intensa cooperación por medio de la Convención de la OCDE contra el soborno y su relacionado mecanismo de vigilancia para reducir la práctica de sobornar a funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Los países de la OCDE deben demostrar su voluntad política aplicando sus leyes que penalizan esos sobornos.

Es cierto que los múltiples instrumentos internacionales y los marcos mul-

65. Grupo de expertos en Contrataciones Gubernamentales de la APEC, Principios No ligatorios sobre Contrataciones Gubernamentales (1999), 62-63, disponible en el sitio de la Asia-Pacific Economic Cooperation, www.apecsec.org).

tilaterales constituyen un mecanismo muy apreciado en la lucha mundial contra la corrupción, la tarea de conseguir que esas declaraciones y compromisos asumidos por los países signatarios se conviertan en actos positivos y efectivos, capaza de que algún día lleguen a ser una práctica común, es realmente una tarea muy difícil pero no imposible más aún cuando el país que más dinero de la corrupción recibe y más corruptos se esconden, EE.UU., está dispuesto a cooperar de manera efectiva.

1.6.11.- La Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión.

Organismo adscrito a la Presidencia de la República del Ecuador fue creado el 29 de diciembre del 2008 mediante con el Decreto ejecutivo N.1511, modificado el 26 de agosto del 2009. Fue creada para sustituir a la antigua Comisión de Control Cívico Contra la Corrupción. Esta institución se encarga del seguimiento a las investigaciones sobre las denuncias de corrupción que se cometerían en las instituciones de la función ejecutiva como ministerios secretarías y no puede intervenir en otras instituciones del Estado. Su creación obedece a una disposición directa del Presidente a fin de controlar todos los actos de corrupción que se detecten en sus dependencias.[66] Hasta septiembre del 2010 esta Secretaría ha recibido 1.200 denuncias de supuestos casos de corrupción en un año de vida. De ellas solo 6 fueron resueltas evidenciando una tasa bajísima de efectividad (0,5 %).18

Con este antecedente firmaron un convenio de Cooperación con Instituto Nacional de Compras Públicas por el que un cuerpo de 20 personas de la Secretaría controle los procesos pre-contractuales y contractuales superiores a los USD 1.5 millones que firmen las entidades del ejecutivo. De acuerdo con su informe la Secretaría revisa solo el 2% de los contratos y la aspiración

66. EcuadordeHoy.com.Secretaria de Transparencia de Gestión... ¿para qué?.30 de December 2008. Cuestiona la creación de esta Secretaría porque ya existe el Consejo de Participación Ciudadana. Existe duplicación de gastos y recursos innecesarios. Pero al mismo tiempo el Presidente ha manifestado que muchos ministerios están plagados de corrupción. "... El Jefe de Estado tras el juramento de posesión realizado en el Salón Amarillo, se refirió al accionar del ministerio anterior (MOP) al que lo calificó como "descompuesto, desarticulado, lleno de corrupción, ineficiente, con falta de procedimientos y donde dominaban los contratistas quienes imponían las políticas...". 12.-Elnuevoempresario www.guayas.gob. Xavier Casal, nuevo Ministro de Transporte y Obras P?blicas de Ecuador.Publicado por: | Fecha: lunes 15 de junio del 2009.

es revisar por lo menos el 40% de los procesos de licitación. Esta Comisión tiene un alto nivel de crítica y cuestionamiento a su labor por parte de la opinión pública por cuanto se trata de una entidad perteneciente al gobierno y al Ejecutivo y éste no puede ser juez y parte en el control de la legalidad de los contratos firmados por los organismos adscritos a esta Función[67].

Mediante Decreto Ejecutivo 1522 del 17 de mayo del 2013 esta dependencia que investiga casos de corrupción al interior del Gobierno se transformó en la Subsecretaría de Transparencia y Gestión de la Administración. Durante los seis años de existencia, y el total de denuncias que recibió y procesó que siguió no se conoce. Existe un informe de rendición de cuentas del 2011 en el que se detalla que se revisó el 98% de las denuncias ingresadas a nivel nacional. Se codificaron 1.412 de las cuales 442 fueron identificadas como de su competencia y 970 con la de otras entidades. De las denuncias de su competencia 60 se archivaron tan solo 3 se judicializaron. Nada se sabe de los 3.500 casos rezagados de los años 2008, 2009 y 2010.

Sin embargo, pese a ser un órgano manejado por el ejecutivo durante el tiempo de su creación ha sido un importante aliado en denunciar actos de corrupción de funcionarios públicos involucrados en negociados.[68]

Finalmente fue eliminada mediante Decreto Ejecutivo No. 985 de 08 de abril de 2016 y todos los casos bajo su conocimiento se traspasan a la contraloría general del Estado.

1.6.12.- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Este es el órgano ejecutivo del llamada Quinto Poder del Estado y de acuerdo con el Art.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social el objeto de la mencionada ley es regular la organización, funcionamiento y atribuciones del consejo; promueve e incentiva el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsa y

67. 20 11.-Enuevoempresario.www.guayas.gob.Banco Nacional de Fomento será auditado por la Contraloría y Secretaria de Transparencia de Ecuador. Ver más en 21 .Diario El Comercio, Quito. martes 4 de setiembre del 2010, pag.4, noticia.

68. 22 Diario el Comercio: Viernes 5 de noviembre, pag.5, Política

establece los mecanismos de control social; y la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley. El art. 5 dispone que al CPCCS le compete promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción.

Es decir que entre otras atribuciones el CPCCS tiene potestad y competencia para liderar la lucha contra la corrupción. Para este objetivo se incorporaron todos los organismos anticorrupción que existían antes en un solo organismo que. Hasta septiembre del 2010 el Concejo de Participación Ciudadana tiene 3.501 denuncias rezagadas y la Secretaría Anticorrupción tiene 1.100. Solo en el año 2010 llegaron al Consejo de Participación la cantidad de 652 casos según un informe de ese organismo y en el año 2011 también se registran cientos de denuncias.

Lastimosamente ante la falta de experiencia y capacidad de sus integrantes frente a la enorme responsabilidad de combatir a la corrupción, el 4 de noviembre del 2010 firma un convenio de cooperación interinstitucional con la Fundación Esquel para afianzar e implementar la lucha contra la corrupción e incentivar la participación ciudadana. Pretende fortalecer la ética, la gobernanza en el país a través del control social y participación ciudadana para realizar campañas de prevención y combate a la corrupción tomando las ideas más exitosas de modelos de afuera del país para aplicarlo en el Ecuador. Existe una ayuda y financiamiento de parte del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia y la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito.[69]

Igualmente esta Función se encuentra cuestionada porque hasta septiembre del 2010 no da paso a más de 3500 denuncias que fueron herencia de la antigua Comisión Anticorrupción, CCCCC, y de los enviados desde la Secretaría Anticorrupción y del Consejo Transitorio[70]. Lo más grave de todo es que las denuncias que deben ser de acción pública y de inmediata reacción del Consejo le han reglamentado con el incierto propósito de desalentar a quien vaya a denunciar un acto de corrupción especialmente en materia de contratación pública.

69. 22 Diario el Comercio: Viernes 5 de noviembre, pag.5, Política

70. Diario El Comercio: Corrupción: denuncias, ¿y los juicios?. Editorial. Quito, Martes 14 de septiembre del 2010.

Desde el 2008 hasta el 2010, el número de 572 denuncias ingresadas al consejo no han podido ser investigadas supuestamente por falta de personal y 88 han sido archivadas[71].

Según el Informe de Rendición de Cuentas del 2012, el CPSS reporta 741 denuncias, de las cuales no se admitieron 507 o fueron desestimadas. Solo con 178 denuncias se inició la investigación y el resto se archivaron. De las 178 denuncias, 106 están en investigación activa, 49 archivadas y 23 con indicios de responsabilidad. De años anteriores se siguen 283 casos en patrocinio, 92 archivados, 2 remitidos a fiscalía, 33 a otras instituciones, 34 a juicios, 64 en auditoría y 54 en análisis. Los casos son por: negligencia administrativa 54, procesos licitatorios 80, peculado 39, enriquecimiento ilícito 8, cohecho dos, entre otros.

Estos casos provienen en un 56,4%de GADs cantonales, 27,92% del Ejecutivo y 3,97% de la Función de Transparencia y Control Social. Con un presupuesto de cerca de 19 millones de dólares para el funcionamiento del CPCCS y con 106 denuncias de investigación activa promediamos que el costo de investigación por denuncia que le cuesta al país es de cerca de 150 mil dólares por denuncia con la expectativa de que apenas el 10% de ellas se judicialicen con lo que el costo por denuncia judicializada alcanza la cantidad de un millón y medio de dólares. Demasiada plata para tan pocos resultados.

Pese a que se creó la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha con la Corrupción (STTLCC) para agilizar los trámites, la institución como tal ha generado una fuerte desconfianza por la presunta cooptación de sus integrantes por la función ejecutiva, lo que le resta su nivel de independencia, confiabilidad y transparencia.[72]

71. Diario El Universo, Sábado 29 de mayo del 2010 Política. Tres meses para investigar actos de corrupción. La investigación de denuncias de corrupción presentadas ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPC), el también llamado Quinto Poder, tomará al menos tres meses... se estableció que al menos cuatro dependencias del organismo participen en la recepción, admisión y resolución de una demanda. El demandante deberá presentar todos sus datos personales, fundamentar su demanda con pruebas testimoniales o documentadas, identificar al presunto infractor: servidores públicos o personas que presten servicio público, la declaración de no haber presentado el hecho ante otra entidad del Estado y que no existe un proceso judicial. Ver más en https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr&ei=EWNnVNOIDeGE8Qe394GwBA&gws_rd=ssl#q=pachala+informe+Secretaria+de+Transparencia+lucha+contra+la+corrupcion. Año 2013

72. Diario El Telégrafo. Quinto poder en deuda en casos de corrupción. El Telégrafo. 2 de agosto del 2010. www.eltelégrafo.com).

Existe un marcado declive en la dinámica de las actividades anticorrupción desplegadas por el Consejo de Participación en relaciona a que el informe de actividades o rendición de cuentas del año 2015[13] apenas 44 denuncias a nivel de todo el país han ingresado para su tramitación de las cuales 37 de ellas han sido investigadas con informe final.

1.6.13.- La Asamblea Nacional y la Comisión de Fiscalización.

Es parte del control político. Una de sus funciones fundamentales es conocer los casos de corrupción en todos los ámbitos, investigar y preparar los informes respectivos al Pleno de la misma a fin de decidir el enjuiciamiento político y la censura de ser del caso en contra de funcionarios públicos que la Constitución de la República y la ley permiten hacerlo, cuando han estado involucrados en casos de corrupción en el ejercicio de sus funciones. Lastimosamente la tarea de control de esta Comisión ha fracasado por la falta de compromiso político de los asambleístas con los ciudadanos. Según varios articulistas esta Comisión creó una telaraña legal para evitar la fiscalización en la Asamblea Nacional que hasta el año 2011 no ha tramitado ningún caso pese a reconocidas evidencias sobre presuntos actos de corrupción. Solo han prosperado los casos en los cuales el bloque oficialista ha sido el que los ha llamado.

En el año 2013 a 2014 esta Comisión ha servido únicamente para solicitar informes relacionados con sonados casos de denuncias de corrupción como es el caso Cofiec-Duzac, el estado de los contratos con las empresas de Fabricio Correa, del contrato con la compañía Mescuared, sobre los que no ha existido visos de judicialización dada la alta connotación política de estos casos.[74]

73. Ver más en http://www.cpccs.gob.ec/docs/niceditUploads/tempo/1459979844nuevo%20rendicion-ilovepdf-compressed.pdf Ultima consulta el 25 de septiembre del 2016 a las 5h15.

74. Diario Hoy: Fiscalizar es "misión imposible",Quito, 28 junio 2007, pag.3 : Se detalla la cantidad de trabas que la Comisión de Fiscalización puso para que diera paso a los juicios políticos contra varios ministros y funcionarios del gobierno. Pero nada pasó). Ver más en http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/02/nota/3305656/paez-investiga-contrato-mesquared del 2 de agosto del 2014

1.7.- LA CORRUPCIÓN EN EL ECUADOR.

Este problema no es nuevo. Quizá es el más comentado y analizado todos los días y por todos los medios de comunicación existentes en el país desde los más pequeños hasta los grandes. La historia del País es la historia de la corrupción. La historia del Presupuesto del Estado es la historia de cómo se han llevado los dineros públicos los grandes, medianos y pequeños funcionarios públicos. Quizá me atrevería a decir que no existe en la actualidad funcionario administrativo vivo que no ejerza la corrupción con motivo de sus funciones sin importar el monto ni los favores entregados.

La corrupción ha sido el sistema de reproducción del capital más aceptado y permitido que ningún otro fenómeno social. Es risible y hasta forma parte de esa especie de realismo mágico la habitual práctica en determinados escenarios sociales en el que los mismos corruptores y corruptos, dependiendo si son actores o espectadores, elaboran los discursos más analizados sobre la corrupción en nuestro país. No es necesario y hasta es un lugar demasiado común hacer una revisión de los actos de corrupción en el Ecuador, peor su historia, porque necesitaríamos decenas de libros para recoger la historia de la ignominia del erario nacional.

Con mucha sabiduría Bentham (2005) ya se anticipaba a lo difícil de entender la corrupción si es que no se precisa con cierta exactitud el origen de la misma, incluso para arriesgar una salida o solución a dicho fenómeno. Decía este filósofo: *"Un hombre moralista ocupa gravemente su cátedra y desde ella se le ve dogmatizar en frases pomposas sobre el deber y los deberes. ¿Por qué ninguno lo escucha? Porque mientras él habla de deberes, cada uno piensa en los intereses. En la naturaleza del hombre está el pensar antes que todo en sus intereses, y por aquí es por donde todo naturalista ilustrado creerá que es de su interés comenzar; él bien podrá hablar, bien podrá hacer, el deber siempre cederá el paso al interés .."*[75]

Existen múltiples razones en la conciencia de cierta clase política e intelectual, verdaderamente preocupada por los índices altos de corrupción, para replantear las alternativas posibles de enfrentar este fenómeno. Ya no desde una perspectiva fundada desde el discurso tradicional, político, teórico, vacío

75. Bentham Jeremy(2005). Deontología, o ciencia de la moral, tomito I, París, Librería de Gouas p. 23.

e hipócrita del circulo de la corrupción sino desde el análisis académico y comparado de los líderes y desde los pensadores sociales que han reelaborado y revalorizado el papel que debe desempeñar el ciudadano dentro de un estado democrático de derechos.[76]

Cientos de teorías explican y lanzan múltiples soluciones para combatir la corrupción las encontramos continuamente en los textos y en los discursos diarios. Ninguna de ellas puede ser oída con una buena dosis de credibilidad porque ya se han intentado y no han dado resultados satisfactorios. Incluso el poder supremo del País está consciente que la corrupción en vez de disminuir ha experimentado un gran impulso, no obstante la expedición de la LOSNCP, de su reglamento y de sus decenas de resoluciones expedidas a través del SERCOP.[77]

Aunque de acuerdo con Transparencia Internacional el índice de corrupción en el año 2013 ha disminuido en el Ecuador, este criterio no es más que un pequeño respiro porque esta variación no está dada en función de ser efecto de ninguna medida de carácter estructural sino posiblemente se deba a un leve mejoramiento de la economía nacional cuyos índices son funcionales para medir la corrupción, sin olvidarnos que Transparencia Internacional opera teniendo como insumos el criterio de los empresarios y hombres de negocios de un país, es decir, de la otra mitad desde donde proviene la corrupción a los funcionarios públicos.

76. La República Blog.EEUU percibía "endémica corrupción" en Petroecuador.Domingo 19 de junio de 2011 .La embajada de Estados Unidos en Ecuador percibía en 2006 una "endémica corrupción" en la empresa estatal petrolera, Petroecuador.... Según fuentes de Petroecuador, citadas en el cable, señalaron que cada empresa subsidiaria de la estatal tenían "su propia mafia" y que "las coimas para los contratos" eran "una práctica regular".

77. Revista Vistazo, Gobierno anuncia combate frontal a la corrupción, Agencia EFE, del 25/04/2010: El presidente ecuatoriano, Rafael Correa, admitió hoy que existe una corrupción generalizada en la sociedad de su país. "La corrupción no ha llegado a las altas esferas del Gobierno, pero es claro que hay una corrupción generalizada, no (sólo) en el sector público, (sino) en la sociedad", afirmó el mandatario, que se lamentó de que la ecuatoriana es "una sociedad muy tolerante con la corrupción".

1.7.1.- La Corrupción y Derecho Penal en la Contratación Pública en el Ecuador.

1.7.1.1.- Introducción

Dentro del ámbito social la corrupción como fenómeno social alcanza la totalidad de las actividades del Estado, no existe un ámbito administrativo que haya estado indemne de esta plaga con el consiguiente y hasta a veces predeterminado riesgo de producir resultados de deslegitimación del ejercicio de la función pública. Entre las tareas a cumplir del Estado, en el marco del bien común o buen vivir, se encuentra la contratación pública de bienes, servicios y ejecución de obras civiles, ámbito fundamental en donde los funcionarios encargados de la puesta en marcha de los procesos contractuales organizan los procedimientos de acuerdo a lo establecido en la normativa garantizadora del cumplimiento de aplicación de los principios de transparencia, objetividad y economía en la selección de las ofertas. O en su defecto, optan por inobservar estos principios, para por sobre la ley, adjudicar a quien garantice el pago de un posible soborno.

El funcionario público, dadas las funciones que realiza, se encuentra en una posición ventajosa para realizar ciertas operaciones contractuales reñidas con la ética, la moral y la ley. Por ejemplo, puede influenciar directamente para impedir la participación de ciertos oferentes y para garantizar la elección de uno de su preferencia definiendo y ponderando las variables del concurso a conveniencia y dirigido para beneficiar a un proveedor predeterminado en detrimento de los intereses del Estado que no son sino los intereses de la ciudadanía.

La constante, dentro de las preocupaciones por el incremento del nivel de la corrupción, es el flagrante menoscabado de los cimientos en los que se asienta el principio de competitividad abierta y el principio de transparencia que la piedra angular del proceso contractual público. "No son tiempos de callar" dicen los analistas frente al auge del fraude y la corrupción en todos los niveles.[78] La existencia de grupos monopólicos de contratistas es reconocida como una realidad frecuente que no podemos soslayar porque para sus

78. Antonio Rodríguez Vicèns: No son tiempos de callar. Editorial. El Comercio. Quito, 10 de agosto del 2010. Cuaderno 1

propósitos utilizan redes de traficantes de influencias que definen los beneficiarios de los contratos utilizando mecanismos corrompidos de captación[79].

Por ejemplo, como antes ya lo mencionamos, un sector reconocido en donde se presentan sobornos es en la definición de los términos de referencia, llegándose a encontrar pliegos de condiciones casi hechos a la medida de un determinado proponente. De manera similar, la creciente utilización de procedimientos emergentes y especiales de excepción en la aplicación de los procesos establecidos en la LSNCP fueron en un lapso de tiempo considerable los más numerosos no porque la emergencia esté justificada sino por la presencia de un manifiesto interés de beneficiar a particulares. A manera de ejemplo, los mismos vicios de corrupción encontramos en los contratos complementarios, reliquidaciones, órdenes de trabajo sobre valoradas, etc.[80]

El fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, es un flagelo que está presente en todos los países del orbe, es un fenómeno globalizado que afecta la estabilidad de los sistemas políticos y de las instituciones democráticas, lesionando economías y sistemas morales mediante la utilización de modalidades como el soborno, la coima, la apropiación de recursos públicos.[81]

1.7.1.2.- El Derecho Penal, la Criminología y la corrupción.

El Programa de Malburgo[82], diseñado por Franz von Liszt, pretendió forta-

79. León Roldós Aguilera: Presidente: están robando. Editorial, El Comercio. Quito, Cuaderno 1, Pag.10.

80. Expreso (Guayaquil) Fisuras en sistema propicia la corrupción en obras públicas.2011-08-01.08:18:04. Contratación observada por gremios profesionales. El pasado 7 de junio, la Cámara de la Construcción de Quito (CCQ), a través de una carta enviada por su titular, Hermel Flores, al mandatario Rafael Correa, describió que la percepción del sector que agremia y de la ciudadanía, "es que la corrupción se ha incrementado sustancialmente en este periodo de gobierno". Según Flores, la Cámara ha recibido denuncias sobre personas que a nombre del Gobierno piden dinero para gestionar la adjudicación de contratos del sector público. Los valores solicitados van del 10% hasta el 20% del monto de los contratos, indica la carta..."

81. Enviado por: Santiago Abreu santiagoabreu@hotmail.com.

82. La Escuela de Marburgo, como corriente criminológica se origina en la ciudad de Marburgo, Alemania. A finales del siglo XIX promocionada por el jurista alemán Franz Von Liszt. Los postulados más importantes de su elaboración teórica penal estuvo en sostener la necesidad de la investigación criminológica, la aplicación práctica de los conocimientos criminológicos. Las ideas de una Derecho Penal total y multidisciplinario lo postulo en la clase inaugural de Malburgo a la misma que después la denominarían "El programa de Malburgo", ciencia penal a la que debían incorporarse otras disci-

lecer a la ciencia del Derecho Penal con una disciplina que le permitiera un acceso a los datos empíricos tomados de la realidad que sirviera de soporte a las estrategias de control de la criminalidad a través de la Política Criminal

Estas disciplinas mencionadas por Liszt son la antropología, la psicología, la estadística criminal y a las que se ha sumado la criminología, encargadas de proporcionar un soporte empírico de la realidad que procesadas cualitativamente podrían ser utilizadas para la implementación de políticas de control criminal. Hasta el día de hoy la vigencia de una integración entre estas disciplinas y el Derecho Penal han posibilitado una mayor comprensión del fenómeno delictivo desde diferentes prismas empírico – conceptuales. La criminología aporta datos fenomenológicos de la criminalidad y el Derecho Penal procesa materialmente esta información a través de los tipos penales, realidad y legislación como esfuerzos racionales de concretar objetivos de política criminal.

Los datos empíricos acumulados denotan una preocupación por el creciente enriquecimiento de los funcionarios públicos por el uso funcional doloso de su cargo en perjuicio de los fondos patrimoniales del Estado. De allí nació la necesidad de excitar al Derecho Penal al diseño de mecanismos legales para la protección de la administración pública y de los bienes jurídicos públicos a través de la punición de conductas desviadas que atenten contra la eficiente administración. Pero esta labor no debe quedar en este estado sino que debe trascender el marco del Derecho Penal para dejar que la criminología nos entregue conocimientos sobre la realidad de su vigencia, aplicación y respeto. El cumplimiento de la ley o la constatación de continuos perjuicios al funcionamiento de la ad ministración publica deben ser estudiados por la criminología desde aspectos no solo jurídicos, sino económicos, sociales, estadísticos, como es el que presenta el fenómeno de la corrupción. Sin estos datos la ciencia penal se convertiría en meros cuerpos normativos de carácter simbólico, es decir, sin que tengan vigencia sociológica.

Un Estado que se precie de ser democrático debe contar con leyes efectivas y eficaces que junto con otras ramas de la ciencia penal como la criminología y la política criminal nos puedan entregar diagnósticos sobre el estado de cumplimiento de la normativa, sobre el nivel de inobservancia legal, de la economía de los daños causados por las conductas desviadas, de los factores que inciden en su agravamiento, de la frecuencia de los delitos y de los ín-

dices de criminalidad, de las incidencias del sistema penal y económico en la elevación de las tasas de los delitos, entre otras.

Con mucha propiedad, en relación a la integralidad del Derecho Penal, Grazia Mannozzi[83] " argumentaba que ...con estas premisas, veamos entonces más en detalle la contribución que cada uno de los sectores y de los métodos de indagación antes indicados pueden dar a la realización de una "ciencia penal integrada", plataforma indispensable no sólo para leer las complejas dinámicas de la corrupción, sino sobre todo, como se ha anticipado, también para verificar la congruencia de las normas incriminantes vigentes y para proyectar una política de control racional y perspicaz..."

1.7.2.- Aspectos punitivos de la Corrupción Administrativa en el Sector Público

1.7.2.1.- El objeto de protección jurídica

El jurista español Carlos Castro Cuenca[84] comenta que en un principio el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción en contra de la administración pública era el deber de cargo como sinónimo del incumplimiento de los deberes que la ley les imponía a los funcionarios públicos. En otras palabras, eran delitos que castigaban la desobediencia del empleado público. Posteriormente se da un giro a esta teoría para considerar que la actuación de los servidores estatales no son afectaciones a bienes jurídicos sino conductas contrarias al deber de servicio. Esta concepción olvida la afectación al patrimonio del Estado en los delitos de peculado más allá que la simple infracción administrativa de violación al deber de servicio. Se confunde los ámbitos del ilícito penal con el ilícito administrativo.

De las dificultades para definir el objeto de estudio, por la multiplicidad de tipos penales, varios juristas como Wagner, mencionado por Carlos Castro,

---

83. Mannozi Grazia. Combatir a la corrupción. Un recorrido entre la criminología y el derecho penal. Ver en internet http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4127/5339 Ultima consulta 24 de septiembre del 2016 a las 19h24h

84. Castro Guillermo ((2009). Corrupción y delitos contra la administración pública. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. Pág. 92 a 150.

defendieron una concepción pluriofensiva de estas infracciones. Delitos que en nuestra propia legislación penal son tan disimiles como el peculado y el tráfico de influencias o el cohecho debían estar atravesados por una misma noción que los identifique en un punto común. No solo se trata del patrimonio del Estado sino también a la afectación al derecho a servicio público eficiente y efectivo que tienen los usuarios. Ni que decir del valor de la transparencia al que tienen derecho los contratistas como oferentes de bienes, obras y servicios que requiere el Estado. En este sentido Castro advierte que un gran sector de la doctrina alemana, entre ellos Schroeder, sostienen que la capacidad para prestar servicios públicos es el centro de protección, el bien jurídico objeto de protección penal.

Finalmente Castro asegura que en Alemania juristas como Rudolphi y Stein determinan que el bien jurídico tutelado en los delitos en contra de la administración pública es el correcto funcionamiento de la administración pública con fundamento en las normas constitucionales referentes a la administración estatal. La protección a este bien jurídico implica aspectos normativos de eficiencia, probidad, respeto, decoro, desinterés, imparcialidad, eficacia, eficiencia y efectividad en las actividades de los funcionarios públicos y de las instituciones del Estado.

En nuestro país los parámetros sobre los cuales debe entenderse representado el correcto funcionamiento de la administración pública lo establece la misma Constitución de la Republica: "...Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación..." siempre en concordancia con el concepto de servicio público que nos permite resaltar la relación existente en el Estado y el ciudadano y no aislar la defensa del correcto funcionamiento de la administración como un fin en sí mismo.

Ahora bien, los principios estatuidos en el Art. 227 de la Constitución de la República han sido objeto de protección jurídica a través de dos vías plenamente identificadas: por el derecho administrativo y por el derecho penal. Cada disciplina cumpliendo sus propias finalidades sin que esto implique una renuncia a posiciones de relación entre ambos derechos. No olvidemos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro del ámbito particular de la misma, desarrolla otros principios complementarios

que se ajustan a la teleología constitucional. El art. 4 de la LOSNCP prescribe que para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observen los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Los delitos tipificados en la Sección Tercera del COIP, Peculado(Art. 278), Enriquecimiento ilícito (Art. 279), Cohecho(Art.280), concusión(Art. 281), Incumplimiento de decisiones legitimas de autoridad competente(Art. 282), Ataque o resistencia(Art. 283), Ruptura de sellos(Art. 284) , Trafico de influencias (Art. 285), Oferta de realizar tráfico de influencias (Art.286), Usurpación y simulación de funciones públicas (Art. 287), Uso de la fuerza pública contra ordenes de autoridad(Art. 288), Testaferrismo (Art. 289), Delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional (Art. 290), Elusión de responsabilidades de los servidores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional(Art. 291), Alteración de evidencias y elementos de prueba(Art.292), extralimitación en la ejecución de un acto de servicio(Art.293), abuso de facultades(Art. 294), tiene como objeto de protección jurídica un bien jurídico denominado "la eficiente administración pública" como receptáculo de un conjunto de conductas típicas tan disimiles que suena artificial agruparlas bajo la bandera de protección a la eficiencia de la administración.

Por tanto, en este trabajo únicamente nos referiremos a los tipos penales relacionados con la corrupción en la contratación pública y que tienen que ver con los delitos de peculado, cohecho, concusión, oferta y tráfico de influencias, el resto de tipos corresponderá a las otras circunstancias del hecho generador y a otras áreas del derecho ejercer su ámbito de protección de los principios fundamentales en aplicación estricta del principio de subsidiariedad del Derecho penal.

1.7.2.2.- Los bienes jurídicos en los delitos contra la eficiente administración pública.

Observamos con anterioridad que la eficiente administración del Estado puede inferirse directamente del sistema de valores rectores constantes en el Art. 227 de la Constitución. Es decir, refieren a la disminución que sufre el

Estado con la actuación del funcionario público y del agente particular, como participantes eventuales, en la comisión de conductas irregulares generadores del daño al ciudadano a través de dos aspectos: pérdida de confianza en las instituciones públicas que prestan los servicios públicos y la misma perturbación al uso y goce de los mismos por la ciudadanía en general.

La administración pública es beneficiaria de un conjunto de potestades constante en la normativa legal, especialmente a los funcionarios para que las utilicen en la prestación de servicios públicos eficientes mediante la utilización correcta de los recursos y bienes entregados bajo su custodia. La ausencia de estas directrices produce en la administración una defraudación del rol encargado produciendo un perjuicio a la cosa pública. Estos hechos generan frustración, sensación de desconfianza y falta de trasparencia en los usuarios del sistema.

No obstante, el bien jurídico así definido a criterio de muchos autores, peca de ser demasiado amplio y general lo que hace muy difícil concretarlo en la elaboración de los tipos penales respectivos. Y ésta es la dificultad que tiene el COIP en la Sección Tercera de los delitos contra la eficiencia de la administración pública porque existen delitos como el cohecho y la ruptura de sellos en los que es muy difícil encontrar un elemento que los una y los particularice al mismo tiempo.

1.7.2.3.- Los delitos contra la eficiente administración pública y la Constitución.

Como dice el jurista colombiano don Carlos Bernal Pulido[85] en una sociedad democrática el problema central en la toma de decisiones fundamentales es el papel del legislador. Cuando los principios constan en la carta magna el legislador crea obligatoriamente una tensión que se troduce en los parámetros que se deben observar para no extralimitar la norma constitucional, y en materia penal la tensión es aún mayor. La tipificación penal, es decir la consideración que hace el legislador para determinar que conducta debe ser penalizada es un asunto de política criminal y del nivel de legitimación social

85. Bernal Pulido Carlos (2008). El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 115.

que tiene tal decisión. Tipificar un delito implica una afectación a las libertades de los ciudadanos que debe justificarse desde los parámetros del marco constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Y esta facultad de restricción no es discrecional sino que debe respetar los principios de limitación del poder punitivo del Estado, en especial los principios de proporcionalidad, como justificación para la protección de otros bienes jurídicos. No debemos olvidar que no todos los principios constitucionales merecen una protección ni un desarrollo legal punitivo dentro del marco del derecho penal. Y en sentido contrario, no todos los bienes jurídicos defendidos a través de un tipo penal deben necesariamente de inferirse de los principios constitucionales porque dentro de un esquema neo constitucional la libertad humana no tiene parámetros de limitación sino solo aquellos establecidos en la Constitución.

Existen bienes jurídicos que nacen de la realidad producto de las relaciones entre ciudadanos y no necesariamente de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En ese campo se maneja procesos de criminalización de ciertas conductas o la descriminalización de otras que tutelan intereses privados y que por lo tanto carecen de relevancia constitucional. De allí la importancia de no considerar a la Constitución como un sistema cerrado de referencias en cuanto a la protección de bienes jurídicos por parte del legislador [86].

1.7.2.4.- Características de la administración pública desde lo constitucional.

Con los antecedentes anotados podemos trazar unas líneas de identificación común del objeto de la tutela jurídica de la Sección Tercera del COIP y que no es sino la administración pública, permeada desde la Constitución de la Republica. En efecto, el Artículo 227 establece que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. En base

86. Bustos Ramírez (1987). Control Social y sistema penal. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona. Pag. 192.

a estos lineamientos podemos inferir las siguientes características:

1.- El carácter de la administración pública como un bien jurídico funcional, que sirve para procesar conflictos sociales generados por la demanda de bienes y servicios por parte del Estado. No es la administración pública concebida como una entidad o una institución sino como un servicio, como una actividad realizada por los funcionarios públicos. Si no existe una acción u omisión no será un delito de resultado o podría existir un delito de peligro.

2.- Es un servicio público porque la administración estatal realiza una serie de prestaciones a los ciudadanos. La esencia de su actividad es la atención y satisfacción del público, de la colectividad. No son sus propios intereses ni sus propias finalidades los que la definen sino la satisfacción de los requerimientos de la sociedad. El afectado por la actuación irregular del funcionario público es la colectividad y un tanto el Estado.

3.- Una administración publica funcional y orientada a la solución de demandas ciudadanas debe tener en claro el cumplimiento de sus actividades bajo la normativa teleológica consagrada en la misma Constitución en el art. 227, esto es, la adecuación a los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Estos tres parámetros que resumen las características de la administración estatal son el referente para el diseño de los tipos penales enmarcados al interior de la Sección Tercera del COIP, aquellos que penalizan conductas atentatorias a la eficiencia de la administración pública. Son varios tipos penales de distinta naturaleza que probablemente no tengan como bien jurídico protegido la eficiente administración estatal, como analizaremos posteriormente.

1.7.2.5.- Los bienes jurídicos tutelados desde la perspectiva constitucional.

Las líneas orientadoras y limitadoras de la tutela de la administración pública están trazadas desde el Art. 227 de la CRE. Los principios allí referidos

deberán ser tomados en cuenta como lineamientos a seguir en el desarrollo legislativo de protección a los derechos fundamentales, tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito de las demás disciplinas del derecho, como el derecho administrativo, derecho civil, etc. porque es evidente, y en eso insistimos nuevamente, que no toda conducta irregular o hecho desviado afecta todos los principios descritos en la norma constitucional. Si no violenta a todos estos valores entonces estamos frente a conductas diversas que afectan principios diferentes, y es preciso agruparlas de acuerdo al principio o principios violentados. Veamos algunos casos.

1.7.2.5.1.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de trato justo

Este principio es parte de un sistema macro conceptual como es el principio de objetividad que no tiene otro sentido sino el referirse a la aplicación de lo justo y razonable dada una situación concreta. La actuación con justicia hace referencia a la actividad del funcionario público para valorar la situación dentro de los parámetros de imparcialidad, transparencia e igualdad. Los funcionarios deben ajustar sus actuaciones conjugando de manera efectiva y eficiente los conocimientos de los hechos, el derecho o la normatividad vigente y los objetivos de la administración pública.

El desapego de consideraciones personales, de los intereses propios y presupuestos subjetivos, o de su manera particular de entender las cosas, en la realización de las labores encomendadas por la ley hace que esas conductas sean adecuadas al principio de imparcialidad. Esta conducta neutral no debe ser acometida fuera de los parámetros establecidos en forma estricta por la ley porque constituiría una violación al principio de legalidad; provocaría déficits de aplicación imparcial de la ley que conlleva un golpe al principio de igualdad de trato, de trato justo en relación horizontal con los demás usuarios de la contratación pública. El abandono de los criterios discrecionales excesivos y el respeto a lo prescrito en la ley hacen que los funcionarios no puedan tomar decisiones motivadas por su propios interés particular y abstenerse de ciertos actos contemplados en la misma ley, así como acciones de adhesión política al gobierno que hagan de la neutralidad un vicio importante en sus procedimientos.

En conclusión, la conducta del servidor en primer lugar deberá ser capaz de demostrar una separación de cualquier interés persona o político que tenga en relación con un caso concreto y en segundo lugar actuar con estricta observancia del derecho, aspectos que nos ayudan a diferenciar conductas que serán sometidas al derecho administrativo sancionador o al Derecho penal. Por ejemplo es posible que las conductas que afecten el principio imparcialidad puedan tener como consecuencia sanciones administrativas, no así con la afectación al principio de legalidad, igualdad y objetividad que podrían derivar en conductas sancionadas penalmente, como aceptar una dadiva por ejemplo.

1.7.2.5.2.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de Legalidad.

La administración pública es un servicio que debe estar sometido a la normativa vigente en el país. El desacato a las disposiciones legales por parte de los servidores públicos constituye una grave falta contemplada en la misma ley. En materia de contratación pública la afectación al principio legalidad se materializa con la violación a las disposiciones que regulan los procedimientos contractuales contemplados en la Ley Orgánica del Servicio de Contratación Pública, LOSNCP, y de otras leyes relacionadas. No debemos olvidar que la administración estatal está sometida a la ley y al derecho, en la dimensión positiva y lo negativa, incluso en los marco de actuación discrecional

1.7.2.5.3.- Las conductas en contra de la administración pública que afectan el principio de Eficiencia.

Producir los resultados deseados, previstos y planificados por la administración pública sin dejar de respetar los principios constitucionales que la determina es lo que conocemos como el principio de eficiencia. Se considera de igual valor no solo la obtención de los resultados previstos sino la eficiente actividad que conduce a su producción. Las conductas de los servidores de acuerdo con la ley y la Constitución están encaminadas hacia la provisión de necesidades o servicios públicos que de acuerdo a parámetros establecidos es

medible y cuantificable. La eficiencia, entonces, contiene parámetros de medición, evaluación, continuidad y rapidez en las prestaciones públicas, al menor costo posible, y con trato igualitario. El principio de igualdad está implícito en este concepto por la característica que tiene el servicio público orientado a la satisfacción de las expectativas de todos los sectores colectivos o individuales con prevalencia o atención prioritaria a sectores vulnerables a través de acciones afirmativas. Por tanto más que una preservación del principio de igualdad, exige una vigencia del principio de no discriminación.

En materia penal la vulneración de este principio puede dar lugar a delitos como malversación de fondos públicos.

1.7.2.5.4.- ¿Delitos de lesión o de puesta en peligro?

El bien jurídico de la administración pública merece ser objeto de protección pese a ser considerada como objeto de que no merece protección jurídica porque se trataría de bienes jurídicos colectivos que por su naturaleza son difusos, abstractos únicamente o susceptibles de ser tutelados a través de los delitos de peligro. Pero los bienes jurídicos comunitarios como el medio ambiente o la eficiente administración pública si bien no pueden ser objeto de destrucción pueden ser afectados por conductas con posibilidades de lesión. Los bienes colectivos pese a ser de naturaleza inmaterial no dejan de ser punibles en razón de la existencia de lesividades expresadas en el desvalor del resultado.

Varias de las consecuencias dañinas producidas por la práctica de conductas corruptas mencionadas en este trabajo son ejemplos demostrativos de que el nivel de lesividad existe y es en determinados casos cuantificable. Los comportamientos que afectan a bienes jurídicos colectivos pesen a ser delitos de carácter abstracto.

El problema radica en que pese a la existencia de danos verificables y cuantificables como consecuencia de los actos de corrupción realizados en contra de la eficiente administración pública son considerados como delitos de peligro abstracto cuyo efecto lesivo no necesitaría ser comprobado por quien lo ha sufrido, como se tratare de un simple delito de desacato. Ni la lesión ni la

puesta peligro del bien jurídico deberían ser probados por lo tanto violarían el principio de lesividad.

Pero esta situación puede resolverse en sede de antijuridicidad aceptando que la puesta en peligro se produce ex ante y por lo tanto no viola el principio de lesividad aunque perviva la enorme dificultad de probar las lesiones ocasionadas a la administración pública y de esta manera reducir el ámbito de tratamiento penal a las conductas que claramente constituyen actos de corrupción.

En conclusión, las afectaciones concretas o abstractas de los intereses del Estado dado la complejidad cualitativa y cuantitativa de las actuaciones administrativas ejecutadas por los funcionarios públicos no es posible definir los bienes jurídicos en un concepto y en una definición que agrupen calidades que las caractericen en forma común. Sin embargo, "... de acuerdo a la mayoría de las disposiciones existentes se trata de la protección de la regularidad y de la legalidad de la gestión o del ejercicio del cargo por parte del funcionario y del interés del Estado en el honestidad y legitimidad en la administración de justicia, así como de la confianza en la integridad del aparato estatal..."[87]

1.7.3.- Análisis de los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública.

Analizaremos brevemente las principales características, contenidos y modalidades de los delitos tipificados en la sección Tercera del COIP relacionados con los delitos contra la eficiencia de la administración pública. No pretendemos agotar con el estudio de este tipo de delitos sino únicamente en lo que tienen relación con la contratación pública y los actos de corrupción.

87. Donna Edgardo (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 31

1.7.3. 1.- El peculado[88]

Este delito se encuentra tipificado en todas las legislaciones del mundo con diferentes denominaciones y bajo supuestos facticos muy similares. En Latinoamérica unos países lo denominan peculado y otros lo conocen como malversación. La Convención Interamericana contra la Corrupción engloba en una definición sencilla pero muy consistente: "... Artículo VI. Actos de corrupción 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:... d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo...". El peculado como acto de corrupción ha estado latente en la generalidad de los ordenamientos jurídicos como una necesidad de castigar penalmente los desvíos en que incurre el funcionario público frente a los bienes del Estado, que no son sino de la comunidad a la que representa.

88. SECCIÓN TERCERA. Delitos contra la eficiencia de la administración pública Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido. Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

1.7.3.1.1.- En relación con el sujeto activo.

Nuestra legislación considera como autor a la persona que tenga la condición de servidor público. Autor calificado por el tipo penal.. Sin embargo los extraneus o personas que no son servidores públicos pueden actuar también en calidad de coautores o cómplices o ser encubridores en los términos del Art. 272 del COIP. El Artículo 229 de la Constitución de la Republica define como servidores públicos a todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Es decir, basta tener una relación a cualquier título con el sector público compuesto por las instituciones y organismos descritos en el art. 225 de la CRE.

Evidentemente que el sujeto activo del delito de peculado puede ser una persona jurídica o natural dada la terminología abierta que utiliza nuestra Constitución para definir lo que es un servidor público, pro esto no implica la errónea presunción de que por el solo hecho de contratar con el Estado la persona privada adquiere la calidad de funcionario público como parece indicar la norma jurídica[89].

La exigencia de que el servidor público actúe en virtud n de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado no implica otra circunstancia que la habilitación formal del sujeto activo para el ejercicio de las potestades a él encargadas, de esta manera se configura el peculado propio, cuando interviene en forma principal el funcionario público.

La Constitución de la Republica se encarga de delimitar el termino instituciones del Estado: "... Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los

89. "Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc....En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador" (Sentencia de la corte Constitucional de Colombia tomada de la red. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm ultima consulta realizada el 9/4/2016 a las 6:55pm.

organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución...". Siendo servidor público cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos, en términos de la misma Convención, son sujetos activos.

1.7.3.1.2.- En relación con el sujeto pasivo.

Habíamos mencionado que siendo una conducta que pretende lesionar no solo el patrimonio del Estado sino que además produce el entorpecimiento o la obstrucción de las actividades de la administración del Estado al verse impedida de contar con esos recursos o bienes apropiados o distraídos del uso para el cual fueron asignados bajo responsabilidad del funcionario público.

1.7.3.1.3.- El núcleo.

Se refiere a la descripción de la acción o conducta explicitada a través de los verbos rectores que explicita las manifestaciones de los actos que el sujeto activo debe realizar para que sea subsumible su conducta con el tipo penal. El Art. 278 del COIP primer inciso habla de abuso, apropiación, distracción o disposición arbitraria de los bienes que estén en su poder en virtud de su cargo y en provecho propio.

Abusar según el Diccionario de la Lengua Española abusar significa "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente una cosa...usar con exceso de una cosa..." lo que alcanza definiciones diversas que se centran en la idea del mal uso de un poder, de una facultad, de un derecho o de cosas o bienes, de manera distinta a lo dispuesto en alguna norma.

Distraerse según la misma fuente gramatical significa "1.- Apartar o perder la atención en lo que se hace o deba hacerse..." en el tipo penal que estamos revisando implica la desatención, el descuido, la vigilia o protección de los bienes que fueron puestos bajo su mando en función del cargo y que por cuya causa sufrieron algún deterioro o menoscabo en su integridad o en su existencia por este actuar doloso o culposo. En este punto cabe incluir a las permisiones sobre los usos de bienes públicos por parte de terceros sin que el titular de los mismos demuestre interés y atención en recuperarlos o evitar su uso o su deterioro ilícito por parte de terceros.

La apropiación es hacer suya una cosa que no le pertenece lo que implica la realización de actos idóneos que permitan deducir tal traslado de la calidad de dueño. Un requisito fundamental en este caso es el ánimo de apropiación definitivo y no temporal.

Disponer de los bienes públicos no tiene ora connotación que desentenderse del criterio de que el poder de discrecionalidad otorgados a los servidores públicos en el desempeño de sus funciones nunca implica el uso o la disposición arbitrario de los bienes del Estado puestos bajo su poder puesto que la ley establece en forma clara la forma y los fines de utilización de los bienes públicos. La disposición arbitraria quiere decir la utilización fuera de la ley, distinta a la forma cómo la normativa jurídica autoriza y prescribe como hacerlo, más aun cuando del uso arbitrario obtiene ventaja en benéfico propio del funcionario actuante.

La tenencia a su cargo o bajo su poder de los bienes públicos tiene una amplia gama de connotaciones un tanto diversas como la guarda, custodia, responsabilidad del manejo y estado de los depósitos u otros bienes, de la administración correcta y del cuidado de os mismos, asuntos sobre los cuales debe dar cuenta ante la autoridad pública por el principio de evaluación y responsabilidad. La "...expresión a su cargo incluye literalmente tanto la posibilidad de disposición como la obligación de custodia de los bienes, por

lo cual se incluyen supuestos de detentación material y jurídica...[90]". Aspecto que en forma muy frecuente concluye con la afirmación del funcionario público que responderá ante los jueces por peculado únicamente cuando su posición de garante de los bienes estatales provenga de la norma jurídica o del contrato. Es decir, previa la existencia de una fuente formal de la obligación de custodia.

1.7.3.1.4.- En relación con el objeto material del delito de peculado.

De acuerdo con el Art. 278 del COIP, son "...bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen piezas títulos o documentos...". Primero debemos construir una idea sobre cuales son considerados bienes públicos aspecto que nos remite al Código Civil y a las leyes económicas que rigen.

Situando al peculado en el estadio de la contratación pública el contratista privado, no el servidor público, podrá responder por peculado si es que por efectos de la ejecución de un contrato se le ha confiado bienes públicos como por ejemplo en los contratos de mantenimiento de edificios, calles, carreteas, complejos petroquímicos, maquinarias, muebles inmuebles por remodelarse, etc. En relación con los contratos de obra pública el anticipo entregado al contratista no puede ser considerado como bien público porque entra bajo la esfera privada del mismo. Además porque no es funcionario público en razón de que el contrato no confiere potestades publicas ni pone en garantía ningún bien. En caso de disipación en otros fines del dinero del anticipo podría caer en un abuso de confianza o en el delito de estafa propiamente dicho.

1.7.3.1.5.- En relación con el elemento subjetivo.

En contratación pública y en el delito de peculado, aquel consiste en el ánimo que tiene el sujeto activo por apropiarse del bien público o tenerla como propio. En relación con la conducta de disposición arbitraria o abuso, el elemento subjetivo implica la intención manifiesta de obtener réditos o ganancias, de aprovecharse en su propio provecho y en su exclusivo beneficio

90. Castro Carlos (2009). Ob. cit. Pág. 516.

personal del bien público mediante la utilización contraía a los fines para los cuales fueron destinados, incluso cuando no pueda reportarse beneficio alguno seguirá siendo una conducta punible por peculado doloso. No es necesario buscar ánimo especial alguno porque el tipo no lo exige, dice Donna[91].

1.7.3.1.6.- Beneficio del trabajo de empleados públicos.

El inciso tercero del Art. 278 considera que existe delito de peculado cuando los funcionarios públicos utilizan en beneficio propio o de terceros trabajadores remunerados por el Estado o entidades públicas y los bienes públicos en lucro personal o incremento patrimonial. En el caso de la utilización de trabajadores está claro que se los destinan a realizar una prestación que no es en beneficio del bien común ni es un servicio público a la comunidad.

Es una prestación particular para beneficio propio del funcionario público o de otra persona distinta. La utilización o uso de bienes del Estado en beneficio propio implica la búsqueda de un beneficio particular usándolos en destinaciones distintas a las que la ley o el contrato las estipulan y que no pueden ser otras que la prestación de servicios o en apoyo a las finalidades generales y específicas de la administración estatal constante en la norma, en la ley o en un decreto.

1.7.3.1.7.- Beneficio por uso de información privilegiada.

También es peculado cuando el funcionario público se beneficia económicamente él o un tercero de los estudios, proyectos, resoluciones, calificados de secretos y reservados o de circulación restringida sobre los que tenga conocimiento y dominio con ocasión del cargo que desempeña. Utilizar información privilegiada que ha sido obtenida con recursos del estado a través del pago a técnicos, consultores, expertos, planificadores, profesionales de las distintas ramas que han producido información importante y confidencial para evitar que otras personas se aprovechen y saquen ventaja posicional de

91. Donna Edgardo (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 327.

una información que tiende a ahorrar y a optimizar recursos del Estado.

1.7.3.1.8.- En relación con el peculado impropio.

Son cometidos por quienes no son considerados servidores públicos de acuerdo con la ley, el art. 278 inciso cuarto establece que serán acusados de peculado los administradores y trabajadores privados del sector bancario, financiero y de economía popular que distraigan dispongan, distraigan, se apropien fraudulentamente de los fondos que manejan en perjuicio de los depositarios o socios. Igual se tipifica el testaferrismo y los prestamos vinculados.

1.7.3.1.9.- Participación de terceros en el delito de peculado.

1.7.3.1.9.1.- Contratos con fines privados.

La actividad de los funcionarios públicos competentes en la celebración de contratos para la adquisición de bienes, servicios o contratación de obras se los realiza en función de intereses privados o de terceros y en detrimento o en ausencia del verdadero interés colectivo. No se contrata para servir a la comunidad sino para satisfacer ciertos intereses privados. Por ejemplo la destinación de fondos públicos para que se contrate con proveedores de servicios de imprenta o publicidad a favor o en contra de un funcionario público, o de los negocios propios o de terceros.

1.7.3.1.9.2.- Contratos inexistentes.

La destinación de fondos para el pago de supuestas obligaciones originadas por un contrato que todavía no se ha firmado, o que simplemente no existe, es una caso que debe ventilarse como un típico conducta de peculado porque se ha distraído fondos que no tenía justificación legal alguna. No se castiga el perjuicio que podría haberse causado sino principalmente la disposición arbitraria de los recursos públicos.

1.7.3.1.9.3.- La apropiación directa de los bienes y recursos públicos.-

En este particular caso debe existir un real animo de apropiación de bienes que han sido confiados al contratista para el cumplimiento del mismo o simplemente sin la existencia del contrato. Si el infractor es un tercero, la apropiación que lesiona la confianza depositada por el Estado en el contratista podría considerarse como un caso de delito autónomo a los que el COIP considera como delitos contra la eficiente administración pública y ser tratado como delito de apropiación de bienes públicos. Concretamente el apoderamiento de cosas ajenas publicas tipificado como robo en el Art. 189, último inciso del COIP.

1.7.3.1.9.4.- Apropiación del dinero del anticipo.

Si por efecto de una adjudicación licita de un contrato y en cumplimiento de las obligaciones de la administración estatal se procede a la entrega del dinero en calidad de anticipo, este dinero entra dentro del patrimonio del tercero contratista. Existe un pago licito y una recepción en la esfera de lo patrimonialmente privado perteneciente al contratista. Si este en forma posterior decide no utilizar este anticipo en la obra o servicio que se compromete hacer es un asunto que no es peculado por no ser dinero del estado. Pero esta conducta podría generar consecuencias penales porque el dinero entrega no se está utilizando para las finalidades por las que fue entregado el anticipo. Podríamos decir que la conducta del contratista, sumado a otras circunstancias, estaría dentro de la esfera del delito de estafa tipificado en el Art. 187 del COIP [92].

92. "...La Fiscalía presentó dos informes de responsabilidad penal remitidos por la Contraloría General del Estado, en los que se habría detectado un perjuicio superior al 1'400.000 dólares. Esto porque el contratista recibió un adelanto del 50 % para la construcción de la obra y solo justifico el uso de 624.294.83 dólares. Posteriormente abandonó la obra por lo que ocasionó un perjuicio económico a la Municipalidad. Adicionalmente, el Fiscal Semanate argumentó que el contratista estaba inhabilitado, pues presentó garantías otorgadas por una Cooperativa de Ahorro y Crédito sin tener el respaldo económico suficiente..." Ver mas en http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/5012-exalcalde-de-salcedo-es-llamado-a-juicio-por-peculado.html ultima consulta el 21 de agosto del 2016 a las 14h32

1.7.3.1.9.5.- Los sobreprecios en la contratación pública.

Quizá una manera menos llamativa o que despierta menos sospechas para la detección de procedimientos corruptos y de apropiación de fondos públicos es la contratación de un bien o servicio con sobreprecio o sobrecosto.

La dinámica de esta modalidad aparentemente indetectable implica una serie de operaciones que no solamente cuenta con la participación del tercero contratista que oferta una obra con sobreprecio sino de una suma de voluntades de funcionarios públicos que consienten esta apropiación indebida del erario nacional, por aplicación de decisiones fraudulentas y viciadas a lo largo de todo el proceso pre contractual, contractual y pos contractual. Es una operación en equipo en donde los funcionarios públicos ejecutan lo previamente planificado hasta llegar a la ejecución del contrato.

Lastimosamente, y en ese nos ratificamos, este tipo de corrupción está asentada en el imaginario de la sociedad como una práctica permisiva y hasta comprensible, en clave de costos, dada la práctica rutinaria y reiterado en todos los ámbitos de la contratación pública, a pretexto del riesgo que asumen los contratistas por los negocios con el Estado. Las estrategias son a dos vías:

a.- El contratista presenta una oferta al precio más bajo para que una vez adjudicada y suscrito el contrato la ejecución se la haga posteriormente con la adición de obras complementarias u órdenes de trabajo que incrementan el precio de las obras o servicios hasta niveles escandalosos.

b.- Presentando ofertas con sobreprecio en el que se incluyen un precio por encima del costo real a título de protección contra los riesgos que implica el pago de sobornos a funcionarios públicos[93].

c.- Una tercera forma, que la proponemos nosotros, es la que se realiza vía contratacion directa mediante la ejecución de presupuestos pre asignados. En este tipo de contratación el funcionario público responsable adjudica la obra de manera directa, sin el mecanismo de concurso publico alguno y sin procesos de licitación, a un contratista previamente acordado a fin de que adecue su oferta a lo establecido en la partida presupuestaria que previamente ha sido inflada por la autoridad responsable del proceso de contratación.

Este tipo de conductas irregulares no se encuentra previsto como delito contra la administración publica en nuestra legislación, como algún tipo de fraude en la contratación estatal, sino que eventualmente podría ventilarse como un tipo de estafa (Art. 186, inciso 4to) en el que se verían involucrados tanto el funcionario público como el contratista[94].

1.7.3.1.9.6.- El engaño a la administración pública en la contratación.

Son múltiples los casos en el Ecuador en donde el engaño, la información falsa, adulterada o simplemente la inexistencia de la misma han constituido los presupuestos sobre los que la autoridad competente pública ha procedido la celebracion de los contratos a terceros. Pero estas conductas pueden caer dentro del ámbito del derecho penal como acciones penalmente relevantes marcadas con el tipo penal de la estafa contemplado en el Art. 186 COIP de la Estafa porque la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos que induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercero. Las acciones de los perjudicados que pueden ser la misma administración pública y los otros

93. Este es el caso de Petrobras y la red de corrupción que se investiga en Brasil. Una nora de prensa resume el problema: "...Esas actividades fueron a menudo financiadas por el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES), una entidad estatal brasileña, permitiendo a las empresas del país desarrollar contratos multimillonarios en la región. Ahora ejecutivos de esas mismas firmas privadas responden como reos ante el juez brasileño Sergio Moro por su presunta participación en el esquema de corrupción y lavado de dinero que sacude a Petrobras. Están acusados de formar un cartel para repartirse licitaciones de grandes obras de infraestructura en Brasil, como la construcción de la refinería Abreu e Lima en Pernambuco (noreste), subiendo artificialmente los precios a su favor. Según los investigadores, eso lo lograban pagando un porcentaje sobre el valor de los contratos al entonces director de Abastecimiento de Petrobras, Paulo Roberto Costa, que ahora colabora con la justicia para reducir su pena...". Ver en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141222_brasil_petrobras_obras_america_gl ultima consulta el 12 de agosto del 2016 a las 16h43.

94. La polémica compra de equipos del IESS que pasó a la Fiscalía. Más de USD 30 millones gastó el IESS, mientras el precandidato presidencial Ramiro González era presidente del Consejo Superior, en aparatos para operaciones oftalmológicas para ser instalados en varios hospitales y centros de salud de la Seguridad Social en todo el país. Para la Contraloría, se violaron tantas normas, que hay serios indicios de responsabilidad penal. Los equipos están subutilizados y duplicados. La Fiscalía investiga el caso. La empresa adjudicataria dice, a su vez, que no hay tal sobre precio sino diferencias con las ofertas de otros proveedores. Y expone su extrañeza de constar en un informe de la Contraloría en manos de la Fiscalía, cuando el organismo de control no emitió glosa ni irregularidad alguna en su informe. Ver en http://www.planv.com.ec/historias/politica/la-polemica-compra-equipos-del-iess-que-paso-la-fiscalia Ultima consulta 20 de julio del 2016, a las 14h40

oferentes que han sufrido perjuicios por la competencia desleal de la oferta adjudicada sobre la base del engaño pueden penalizadas con la declaratoria de desierto y con el proceso penal respectivo.

1.7.3.1.9.6.1.- Falsificación de Pólizas de garantías, certificados de depósito o de bonos, hipotecas.

El Art. 73 de la LOSNCP determina los tipos de garantías que el contratista pondrá a favor del Estado para asegurar el cumplimiento del mismo. Lastimosamente en el Ecuador una práctica constante en numerosos contratos celebrados en condiciones aparentemente normales tiene el defecto de contar con el respaldo de garantías falsificadas o simplemente caducadas[95]. A veces el elevado costo de estos documentos habilitantes induce a los contratistas a presentar documentos falsos, caducos o fotocopiados los mismos que, en el momento de intentar efectivizarlos, no tiene valor jurídico alguno y tampoco efectividad prestacional a favor del sector público. El Estado sufre el perjuicio directo de una obra mal ejecutada, incompleta o no realizada por disipación arbitraria del anticipo entregado al contratista.

Estos esfuerzos desviados de los interesados en la adjudicación de la obra o servicio público tienen un efecto importante en cuanto al costo de la oferta al posibilitar una presentación con precios más bajos en relación con los otros competidores, lo que conlleva una violación al principio de igualdad, transparencia y sana competencia en perjuicio de los ofertantes de buena fe, generando un efecto perjudicial y distorsionador de los principios que informan al sistema nacional de contratación.

La participación dolosa de funcionarios públicos que conociendo del hecho no hubieren impedido o tratado de impedir la consumación de este aprovechamiento por parte del contratista caería dentro del tipo penal de peculado, Art. 278 del COIP, en concurso con el delito de falsificación y/o uso doloso de documento público, Art. 328 del COIP, incluidos los terceros participantes. En nuestra legislación no existe el peculado culposo. Si el funcionario público no hubiere ni hubiese estado en capacidad de conocer estas adulteraciones podría

95. EL Tesorero según normas de contraloría es el responsable de verificar que las garantías estén vigentes (generalmente se reciben en la práctica pólizas de aseguradores o de bancos)

estar en un típico caso de error de tipo por desconocimiento de los elementos objetivos del tipo penal.

1.7.3.1.9.6.2.- La subcontratación.

El Art. 79 de la LOSNCP posibilita la subcontratación con terceros que puede realizar el contratista contratado para la ejecución y terminación del objeto del contrato negociado en el proceso de contratación.

La finalidad que tiene la subcontratación es posibilitar de manera efectiva la participación de pequeñas, medianas empresas y hasta micro empresas (PYMES) en el negocio contractual de manera licita porque de otra forma les resulta casi imposible participar con las grandes empresas en igualdad de condiciones y recursos. El Art. 251 y 25.2 de la LOSNCP promueve la preferencia a los mini participantes en los contratos de bienes, obras y servicios con un alto componente ecuatoriano (subcontratación preferente) en cumplimiento de los principios que inspiran el sistema nacional de contratación pública definidos en el Art. 4 de la LOSNCP entre los que se encuentra el principio de participación nacional.

Pero los problemas derivados de la globalización del crimen y de la moderna sociedad de riesgos relacionados con la búsqueda de la convivencia pacífica y del desarrollo integral de los pueblos, develaron la utilización del mecanismo de la sub contratación como instrumento que encubre prácticas delincuenciales de lavado de activos manejada con organizaciones criminales vinculadas a actividades de tráfico de personas, la misma corrupción pública, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tráfico de armas, etc.

En una escala menor, la subcontratación también sirve como mecanismo de salida que tiene los contratistas incumplidos y no calificados que han sido excluidos de los procesos de contratación por no ser idóneos para contratar con las entidades del Estado, pero que se sirven de terceros para acceder a prestaciones mediante el proceso de subcontratación.

Por esta razón el Art. 79 de la LOSNCP permite el sistema de subcontratación bajo ciertas condiciones que deben ser cumplidas por el contratista,

como son por ejemplo, que estas no se las realice con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado. Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal. Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del Artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley.

Para el caso de incumplimiento de estas disposiciones nuestro ley penal no es muy clara al respecto, por lo que podríamos adecuar estas conductas a los hechos típicos constantes en el Art. 186 del COIP del delito de estafa siempre y cuando exista constancia de la existencia, durante todo el tiempo que duro el proceso de contratación, del ánimo de ceder la ejecución del contrato a otro contratista subcontratado, en razón de que el presupuesto fundamental por el que fue adjudicado por el Estado presuponía que el objeto contractual iba a ser realizado por el contratista principal. El engaño consistiría en fingir y distraer a la administración pública aparentando una capacidad técnica y económica que el contratista no ha tenido y ha sido encubierta durante el proceso de contratación.

1.7.3.1.9.6.3.- Obras inexistentes y facturas falsas.

Esta es una situación desviada que se presenta en la etapa de ejecución del contrato en el que los contratistas operan de dos maneras:

a.- Presentando planillas de avance o terminación de la obra falsas, en las que se intenta demostrar a la autoridad administrativa algo inexistente, no realizado, simulado para inflar los cobros de una obra que no ha sido realizada aun. Sea en la obra principal o sea a título de obras complementarias u órdenes de trabajo. Las cantidades de obra construida no corresponden a la realidad.

b.- Otro mecanismo igual de efectivo es la utilización de materiales de menor calidad y en menor cantidad que el estipulado en el contrato encubiertos con la presentación de las planillas de avance de obra y en las facturas falsas

de adquisición de materiales. En este caso, el delito de estafa del Art. 186 del COIP cubre perfectamente estos presupuestos de hecho.

1.7.3.2.- El Cohecho.

El diccionario de la Real Academia Española, define a la corrupción como la "acción y efecto de corromper o corromperse. Alteración, soborno o vicio en las cosas materiales... " denotando el carácter activo y pasivo de este delito. Es decir, tan corrupto es el que corrompe a otro que el que recibe esa dación por ese concepto. Esta definición engloba un acto de corrupción en el sentido más amplio del derecho y que en el ámbito penal se encuentra tipificado en nuestra legislación como delito de cohecho en el Art. 280 del COIP[96].

Para nuestro efecto, en materia de contratación pública esta figura ha despertado el interés de toda la colectividad, desde tiempos remotos, por los efectos sumamente perniciosos para la sociedad porque su práctica en materia contractual afecta bienes preciados de la colectividad, del Estado y de la ciudadanía en general. El cohecho como fenómeno muy acentuado en la cultura latinoamericana produce efectos contra éticos y morales que ven con cierta normalidad esta forma de excitar a la administración pública para que tome ciertas decisiones en manos de ciertos funcionarios con poder de decisión.

El termino Cohecho viene, de entre varias alternativas estudiadas, de la voz latina "confecto" que quiere decir preparado, arreglado, y que configuraba la práctica abusiva de recibir bienes y dineros por parte de terceros a cambio de favores por los cuales el funcionario no debía recibirlos, pero si constituía un caso de incumplimiento de la ley.

96. Artículo 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativade libertad de uno a tres años.

1.7.3.2.1.- Concepto de Cohecho

El cohecho es un delito contra el normal y eficiente funcionamiento de la administración pública que consiste en la conducta realizada por el funcionario público que por sí o por interpuesta persona recibe dinero o cualquier otra dadiva por realizar actos u omisiones por el que el sujeto pasivo o tercero obtiene un beneficio justo o injusto.

Una característica fundamental de esta desviación es la bilateralidad de la infracción porque el tipo penal especificado en el COIP castiga a los servidores públicos y a las personas, se entiende que no son servidores públicos, por igual. Es decir, al cohechado (Cohecho activo) y al cohechador (tercero que cohecha) no necesariamente delinquen en concierto y en acuerdo previo sino que existe la posibilidad que exista cohecho activo sin que el funcionario público acepte el beneficio; o al revés, pueda que exista solicitud de beneficios por parte del servidor y una respuesta de negativa del tercero. En ambos caso pueden ser sancionados en forma independiente. Sin embargo son dos tipos de delitos con características un tanto diferentes pese a castigar el mismo interés protegido.

El cohecho pasivo es el cometido por el funcionario público y el cohecho activo es el cometido por el tercero ajeno a la administración estatal[97].

1.7.3.2.2.- El Cohecho Pasivo

La Convención Interamericana contra la Corrupción define como un acto de corrupción al cohecho pasivo, en el Articulo VI, de la siguiente forma: "... ***Actos de corrupción.-*** *1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...*".

97. Muñoz Conde (2009). Derecho Penal. Parte Especial. Edición XVII. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 935.

El COIP recoge el mandato imperativo de la Convención y define al cohecho pasivo como:"... **Artículo 280.- Cohecho.-** Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años..."

1.7.3.2.2.1.- Las conductas implicadas en el tipo penal.

Los funcionarios o servidores públicos deben recibir o aceptar por sí o por interpuesta persona beneficio económico indebido o de otra clase para sí o para terceros sea para hacer, omitir retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.

No debemos desatender que este delito se deriva de un pacto, convenio u contrato concertado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en donde a cambio de realizar la conducta típica por parte del funcionario este recibe un beneficio económico indebido u otra clase de beneficios. En caso de no existir un convenio entre los sujetos las acciones realizadas por el servidor público no entrarían a configurar un delito de cohecho, independientemente de cualquier otra figura penal. El beneficio económico, como término empleado por el legislador, es mucho más abarcativo porque incluye no solo el dinero, sino otros bienes y beneficios sentimentales, de naturaleza sexual, inmuebles, bonos, promesas, dadivas, ascensos, nombramientos, uso gratuito de bienes, donaciones, prestamos, descuentos, créditos, boletos gratuitos que son beneficios que van más allá del valor económico. No solo debe referirse al dinero sino a otros beneficios porque de lo que se trata, a criterio de Donna, es que "...se protege el interés del estado por mantener la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos, y esta no es otra cosa que la rectitud del ánimo, la integridad y honradez en el obrar. De modo que el funcionario público que actúa basándose en dinero o en cualquier otro beneficio, como ser el tener relaciones sexuales con una mujer, falta a ese deber de probidad..."[98]

1.7.3.2.2.2.- Beneficio económico o de otra naturaleza.-

Recibir beneficios económicos o de otra índole a través de una interpuesta persona podría ser un indicativo de acto de complicidad si esta tenía conocimiento del acto de cohecho. Caso contrario podría tratarse de una simple utilización que hace el funcionario público de otra persona o servidor público, sea por amistad, relación de subordinación, para que recibiera tal beneficio.

1.7.3.2.2.3.- La conducta.-

En relación con el hecho de la infracción éste debe ser muy determinado y definido con precisión y debe estar en el ámbito de las atribuciones del servidor público. El COIP habla de que este hecho de la órbita de la potestad de la institución pública en la que labore el sujeto pasivo. No obstante, al omitir la ley la calificación del hecho como ilícito o ilegal se entiende que se configura la tipicidad del delito de cohecho aun cuando el acto, acordado por el servidor público en realizar en beneficio del sujeto contratista, sea licito. El carácter legal o ilegal de acto pactado ilícitamente le es indiferente a la configuración del tipo penal del Art. 280 del COIP. En otras palabras no diferencia entre lo que es un cohecho propio del impropio. De tal forma que cae dentro del ámbito del cohecho el beneficio el monto del dinero recibido por el servidor público que adjudicó un contrato de construcción de obra a un contratista que igual hubiera ganado porque su oferta era la mejor y la más conveniente para la institución.

1.7.3.2.2.4.- Calidad de servidor público competente.-

Otro punto importante es que la potestad estatal de la que debe estar investido el funcionario público que realiza un acto de recibir un beneficio económico por sus actos u omisiones, es que el funcionario pueda realmente realizar tal acto. Esa conducta debe estar enmarcada dentro de las competencias que le encomienda la normativa administrativa o se encuentra en calidad de custodio de una actividad legalmente encargada para que lo resuelva. Caso con-

98. Donna Edgardo (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 244

trario, cuando el funcionario aparenta tener poder y capacidad, atribuciones y competencias para resolver determinado asunto y legalmente no lo tiene, se trataría de un delito de estafa o tráfico de influencias tipificado en los Arts. 285 del COIP o usurpación de funciones tipificado en el Art. 287 del COIP, pero no de cohecho.

La conducta del cohecho pasivo es hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar una decisión, no son más que actuaciones que implican una acción u omisión propia de los deberes de cargo proveniente de la potestad otorgada por el Estado para el desempeño de sus funciones. Actuar en el ejercicio de sus funciones, en este caso, se traduce en el hecho cierto de que los actos a realizarse caen dentro de las atribuciones que le han sido encomendadas.

De acuerdo con el tipo penal especial, ya anotamos con anterioridad, que el sujeto activo del delito de cohecho es el servidor público[99] porque de no reunir esta cualidad exigida el nivel de participación no podría ser a título de autor sino de mero cómplice.

1.7.3.2.2.5.- Delito consumado.-

La consumación del delito de cohecho se verifica con el acuerdo entre sujeto activo y pasivo y en el momento mismo cuando recibe el beneficio económico o acepta alguna promesa de compensación o beneficio de otra naturaleza. No es necesario que se cumpla el compromiso asumido por el servidor público para que se consuma este delito antes de verificarse el resultado sin embargo el inciso tercero del Art. 280 del COIP la no ejecución del acto o la no realización en forma contradictoria, confusa considera un agravante sancionado con una pena de tres a cinco años. La tentativa es muy difícil de precisarla porque caería dentro del ámbito subjetivo de la ideación o preparación que son irrelevantes penalmente.

99. Artículo 229 de la constitución define al servidor público: "... Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público..."

1.7.3.2.2.6.- El tipo subjetivo.

En relación con el tipo subjetivo, en la acción final que realiza el servidor público debe representarse el resultado que espera conseguir a través de su acción u omisión. Debe conocer los elementos objetivos del tipo penal en el momento mismo de aceptar el convenio de realizar un hecho que sabe contrario a la ley. Actúa con conocimiento y voluntad de cometer a cambio de recibir un beneficio económico o de otro tipo, que no lo recibiría si es que no se compromete a realizar lo prometido.

1.7.3.2.2.7.- Participación de terceros.

En materia de contratación pública la participación de un tercero se ha convertido en algo trascendental y configurativo del delito de cohecho. La actuación de estos agentes extraneus, que no son ni el servidor público ni el oferente, forman parte del engranaje de la corrupción a tal punto que en la mayoría de los casos de estos delitos el tercero ocupa un papel preponderante en la negociación. Quizá por esta razón el legislador ecuatoriano llena este vacío de punibilidad al incluir entre los sujetos activos del delito de cohecho pasivo a las personas que actúan en función de una potestad del Estado que le otorga al servidor público. Esta configuración es dinámica porque exige obligatoriamente la presencia del funcionario público y la actuación de un particular que lo ayuda o secunda. De existir solo la participación del tercero no existiría cohecho porque por sí solo no es servidor público ni actúa conjuntamente con él.

1.7.2.6.2.3.- Cohecho Activo

El inciso cuarto del Art. 280 del COIP prescribe que "...La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos...". La Convención Interamericana contra la Corrupción igualmente tipifica, en el Art. VI, al cohecho activo como: "...b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o in-

directamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas..."

La exigencia social de que el funcionario público mantenga sus actividades dentro de los parámetros establecido en la ley no tiene otra finalidad que proteger el correcto ejercicio de la administración pública. Esto significa que, desde el otro lado de la actividad del Estado en la prestación de servicios a la colectividad, los ciudadanos se abstengan de ejercitar presión, coacción, ofrecimientos a los servidores públicos a cambio de beneficios para su causa. Son dos caras de la misma moneda en donde el corrupto y el corruptor están amalgamados en un mismo acto, pero con dos dimensiones normativas un tanto diferentes y autónomas. La actividad del sujeto activo, el contratista o tercero, consiste en la ejecución de actos de ofrecimiento de beneficios al servidor público consistentes en donativos, dadivas, promesas o ventajas o de cualquier otro tipo de ventajas a cambio de la acción u omisión, retardo o condicionamientos en el ejercicio de la función administrativa.

La consumación de este delito de cohecho activo es independiente del cohecho pasivo aunque convivan y se verifiquen en un mismo acto. En razón de que el cohecho activo no requiere de aceptación del funcionario público al trato ofrecido por el contratista para que se consuma. Puede haber un ofrecimiento del tercero, incluso una transferencia de bienes, pero si no es aceptado por el servidor público no se consuma para funcionario el delito de cohecho pero si se verifica para el tercero.

El cohecho activo puede ejecutarse por acciones realizadas por el mismo tercero o por interpuesta persona consistentes en dar, ofrecer o prometer beneficios a favor del funcionario público a cambio de que éste realice determinado comportamiento propio del ejercicio de sus funciones, que pueden ser actos justos, lícitos y legales o, en su defecto, actos de desobediencia a la ley.

El delito de cohecho pasivo puede coexistir con el cohecho activo en la forma como están tipificados en el COIP, con la particularidad de que tanto el funcionario público como el particular que lo cohecha son juzgados con dos tipos penales diferentes: El del Art. 280 inciso primero, para el sujeto

pasivo; y el Art. 280 inciso cuarto para el sujeto pasivo. No pueden ser tratados como sujetos con grados de participación diferentes, como autor y cómplice, porque de acuerdo a la configuración típica adoptada por nuestra legislación penal ambos pueden ser considerados como autores del delito de cohecho con tipos penales distintos.

Para la configuración del tipo penal del cohecho activo el acto doloso se concreta en el ofrecimiento de un beneficio económico o de otra naturaleza orientada a conseguir una actuación determinada en beneficio del particular a sabiendas que se trata de un funcionario público y que éste tenga la capacidad de realizar el acto o la omisión en su beneficio[100]. De darse el caso en el que el particular no sepa que es un funcionario público o que este funcionario público no se encuentre capacitado ni con la competencia de realizar lo ofrecido y pedido por el particular, no estaríamos ante la figura de un cohecho porque falta un elemento fundamental que es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, verbigracia, que sea funcionario público. Podría haber un error de tipo. Si no tiene la capacidad de realizar el acto solicitado por el particular se podría configurar una situación de tentativa inidónea.

En el cohecho activo el dolo se configura verificando la existencia de lo cognitivo de los elementos objetivos del tipo penal. En efecto, el particular debe saber y entender que la oferta o beneficio económico, o de otra naturaleza, que la entrega o promesa al servidor público es un acto corrupto que atenta contra el deber de cumplimiento de la normativa legal que tiene el funcionario; debe saber además que ese determinado funcionario público tiene la capacidad legal y administrativa de realizar el encargo solicitado. De no saber que es funcionario público podría estar configurándose otro tipo de delito pero no el cohecho por inexistencia de dolo. Si el particular no sabe que ese funcionario público no tiene la capacidad de hacer lo solicitado porque sus competencias administrativas no le autorizan, tampoco podríamos hablar de cohecho sino de una posible tentativa inidónea.

El delito de cohecho se consuma solamente con la propuesta realizada al servidor público por parte del particular. No se exige la consumación del acto, basta la propuesta realizada. Si el funcionario la acepta, entonces se configura también el cohecho pasivo en cuyo caso pueden ser juzgados en unidad proce-

100. Castro Carlos (2009). Ob. Cit. PAg.276.

sal por delitos conexos aunque contengan tipos penales diferentes. No existe tentativa idónea porque se considera que mientras no se realice la propuesta no son actos ejecutivos sino de mero sentido preparatorio que caen dentro de la esfera del plano subjetivo.

1.7.3.3.- Trafico de Influencias

El Articulo VI y el Articulo XI de la Convención Americana contra la Corrupción define como acto de corrupción e insta al desarrollo progresivo de los tipos penales que castigaran actos como: "...c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;.... Articulo XI...c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado..."

El Articulo 285 del Código Orgánico integral Penal, COIP, lo define como"... **Trafico de influencias.-** Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito...".

Dos son las conductas en las que el sujeto funcionario público debe incurrir en este tipo de delito:

1.- Ejercer influencia sobre otro **servidor público** para obtener una resolución que beneficie su interés.

1.- Que conceda contratos o permita la realización de negocios con el Estado inobservando expresas disposiciones legales o reglamentarias.

Dos son las conductas que deben cometer **los terceros** para incurrir en un tipo penal de tráfico de influencias:

1.- Participar activamente y con conocimiento de causa en la coacción e influencia que el servidor público de mayor jerarquía ejerce sobre otro.

2.- La conducta tipificada en el COIP: "...Artículo 286.- **Oferta de realizar tráfico de influencias.-** La persona que, ofreciéndose a realizar la conducta descrita en el artículo anterior, solicite de terceros: dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años...". Delito independiente del Artículo 285 en el que puede intervenir un servidor público y/o un particular.

Analicemos por separado estas dos conductas:

1.7.3.3.1.- Primera conducta del servidor público prevista en el Art. 255, inciso primero, del COIP.

El tráfico de influencias es una conducta penalmente relevante cuando un sujeto servidor público o no, aprovechándose de su cargo y de su relación jerárquica, de poder o personal influya en otro servidor público para obtener de éste un acto o resolución que beneficie sus interese o de terceros. Es la promesa de mediación pagada que realiza un funcionario público para influir sobre otro una resolución favorable para otros intereses distintos a los del Estado o la colectividad. Veamos algunas de las características que presenta el tipo penal:

1a.- La influencia sobre el servidor público debe ser determinante y no una

simple sugerencia. Determinante en el sentido de que el funcionario público de menor rango sepa o intuya las consecuencias gravosas para su persona si es que no acepta esas influencias. El predominio moral del superior debe constituirse en una verdadera coacción psicológica lo suficientemente fuerte para ceder ante esas pretensiones. Donna muy acertadamente dibuja esta situación cuando menciona que "...el predominio moral sobre otro funcionario debía tener su origen en el cargo que desempeña el autor, de modo que el funcionario competente se debe sentir compelido a actuar por el pedido que se le está formulando. Y esto debido a futuras consecuencias que podría engendrar su negativa, tales como sumarios, cesantías, etcétera..."[101].

De modo que la decisión del funcionario influenciado no debe obedecer a otras motivaciones de carácter personal, de amistad, de compadrazgo o padrinazgo, en razón de que no se estaría cumpliendo los presupuestos de hecho del tipo penal de tráfico de influencias porque sería ajena al concepto de influjo o la preponderancia que ejerce sobre el funcionario coaccionado. Muñoz Conde es muy objetivo en este sentido cuando menciona que "... No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por demás habitual y que, por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte..."[102]. Advertencias que no tienen otro fundamento preventivo que el de evitar que se criminalicen hechos mediante interpretaciones extensivas, que no tienen dañosidad social y que forman parte del giro de convivencia humana cotidiana en la sociedad.

2.- El bien jurídico protegido es la imparcialidad y la objetividad con la que un funcionario público debe actuar aunque no está descartada la posibilidad de que el verdadero valor a proteger es la incorruptibilidad del funcionario público que resulta afectado por la conducta de quien ejerce influencias para torcer sus decisiones libres y autónomas. Es un ataque a su libertad y a la condición moral y ética en el ejercicio de sus funciones.

3.- Este tipo penal es doloso, descartándose la posibilidad de que tenga el carácter de imprudente porque no lo determina la ley. El autor del tráfi-

101. Donna Edgardo (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Pág. 256

102. Muñoz Conde Francisco (2009). Derecho Penal. Parte Especial. Pág. 958.

co de influencias debe haber querido hacer valer su condición de poder y superioridad sobre el otro funcionario para influir una decisión favorable a los intereses del superior, en razón de un pago o un precio cancelado por un tercero.

4.- La consumación de este delito se verifica con el ejercicio de la influencia dirigida a la obtención de una determinada resolución del otro funcionario público. No es relevante la decisión del funcionario inferior ni tampoco si es perjudicial al Estado o beneficioso para el autor del tráfico y de quien le ha contratado para ejercer su poder, porque lo que se penaliza es el desvalor del acto, del ejercicio abusivo y preponderante de la condición de superior jerárquico administrativo, contrario al deber de eficiencia, honradez y transparencia que son parte del deber de cumplimiento de los servidores públicos.

5.- El autor es el funcionario publico de mayor jerarquía o poder. Las personas particulares también podrían tener una participación importante en calidad de cómplices si participan en los actos de influencia conjuntamente con el autor. Este punto es importante dado el giro que ha tomado las nuevas conductas criminales y corruptas de utilizar redes compuestas de terceras personas como intermediarios entre los particulares y los funcionarios públicos. Sin embargo, existen las influencias en cadena donde un tercero contrata a un funcionario público para que este presione a otro y éste a su vez, termine influyendo sobre otro servidor para que decida lo que interese. Serán responsables todos los funcionarios que hayan participado en esa cadena de influencias.

6.- El tráfico de influencias del servidor público no se parece al cohecho porque no existe un acuerdo de voluntades entre los servidores públicos. Lo que existe es una imposición de la voluntad de uno sobre la voluntad del otro para que uno de ellos tome determinadas decisiones que son de su competencia que terminaran favoreciendo los intereses del mismo servidor público influyente, o de terceros que le compensaron por esa gestión.

1.7.3.3.2.- Segunda conducta del servidor público prevista en el Art. 255, inciso segundo, del COIP

El Art. 285 del COIP, inciso segundo, prescribe "...El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público..."

La concesión de contratos o permitir la realización de negocios con el Estado inobservando expresas disposiciones legales o reglamentarias actuando en beneficio propio o de terceros, como conducta tipificada penalmente. Permite al poder legislativo proteger el correcto funcionamiento del poder contractual de la administración pública.

1a.- Cuando el funcionario actúa para beneficio propio especialmente en materia de contratación pública en las actividades inherentes a su función y competencias asignadas por el Estado puede adoptar dos tipos de modalidades: La contratación con empresas en las cuales tiene relación directa o indirecta con el funcionario público, sea que funjan como propietarias o titulares de las acciones sus familiares u otras personas jurídicas o naturales utilizadas como títeres o prestanombres, domiciliadas en otros países conocidos como paraísos fiscales, a través de las empresas off shore. O cuando el funcionario público recibe una comisión o beneficio económico o de otra naturaleza por la adjudicación de un contrato violando disposiciones legales o reglamentarias.

2ª.- La conducta trascendente en este tipo de corrupción es que el funcionario público participe directamente en la negociación o en el proceso contractual asumiendo la calidad de autoridad pública y al mismo tiempo participando subterráneamente, en forma oculta, fingida, disimulada en calidad de contratista y beneficiario directo o indirecto de la contratación. No debe sancionarse cualquier tipo de interés sino exclusivamente el que le produce beneficios económicos o de otro tipo que se encuentre fuera de la esfera de los deseos o intereses psicológicos, afectivos o cívicos, que caerían dentro de las esferas proscritas del derecho penal de autor.

3ª.- Igualmente es indispensable constatar que este resultado de la adjudicación de los contratos a oferentes vinculados con el servidor público que participa en la selección tenga como nexo causal la actuación del funcionario. Es decir, que no se hubiera adjudicado el contrato sin la injerencia preponderante y definitoria del funcionario público que termina afectando la capacidad de negociación que posee el Estado.

La conducta del funcionario público, para que sea punible, no debe necesariamente verificarse la existencia de una ganancia o beneficio económico. Basta la existencia de estas conductas ilícitamente favorecedoras de los intereses del servidor público. Recordemos que este este tipo de delitos el bien jurídico protegido no es el patrimonio del Estado sino el correcto ejercicio de las actividades de la administración publica en los que el desvalor de la acción, más que el desvalor de resultado, es el elemento prima facie para su juzgamiento. No es el simple interés que tenga el servidor público, en un determinado contrato en el que participa, lo que se sanciona sino la objetividad y concreción de ese interés en actividades que desvíen el correcto funcionamiento de la administración en materia de contratación pública.

4ª.- La conducta del sujeto activo o servidor público incluye conductas derivadas de su actuación en las diferentes etapas de la contratación pública, especialmente en el control del sistema de inhabilidades e incapacidades de los oferentes para participar en un proceso de contratación. Es decir, la condición de punibilidad es que el servidor haya participado en una o varias etapas como son la precontractual, la contractual y la de ejecución. El acto dc favorecimiento debe provenir de la decisión o de la simple participación del servidor público en estas etapas, preferentemente en las dos primeras. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encuentra descrito en los artículos 60 a 72 de la LOSNCP cuyo efecto inmediato, de celebrarse bajo alguna de estas inhabilidades e incapacidades, es la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, sin perjuicio de la sanción penal prevista.

5.- Alguna de las modalidades que pueden estar incluidas por este tipo penal son aquellas en las cuales el servidor público participa directamente en la celebración de contratos con empresas de amigos, familiares, socios o testaferros, o simplemente con empresas en las cuales el servidor público es asesor, consultor. O simplemente en la compra de bienes públicos que salen a remate o se privatizan a precios irrisorios o muy inferiores a los que cotiza el

mercado, generando como consecuencia de ello un incremento patrimonial ilícito por parte del funcionario público que participa en este tipo de procesos de enajenación.

1.7.3.4.- La concusión

El termino latín *concussio* hace referencia a la acción de exigir multas, impuestos o prestaciones cuando se las hace de forma arbitraria por parte del funcionario público en provecho personal; por lo que la concusión es un término utilizado para representar la acción de exigencia ilegal de pago que hace un funcionario público a una persona por una prestación que no exige tal pago. La petición de pago la puede hacer el mismo servidor público o un tercero a nombre de aquel.

Se diferencia con el cohecho porque, siendo dos tipos de ejercicio de abuso de poder, el delito de concusión proviene de un acto unilateral del servidor público que no implica un convenio o contrato con el tercero, como es el caso del cohecho, para beneficiarse en forma personal o beneficiar a un tercero. En el caso del peculado, en cambio, la apropiación o uso arbitrario de los bienes del Estado lo realiza el funcionario público en forma autónoma, sin concierto con un tercero

El COIP lo define como"... **Artículo 281.- Concusión.**- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años...".

En otros términos, la concusión es el abuso de poder otorgado por el Estado al servidor público que lo utiliza con el objetivo de beneficiarse económicamente utilizando el temor, la amenaza, el engaño, la presión, la coacción,

incluso de la fuerza física afectando el bien jurídico de la eficiente administración pública. Esta práctica generalizada implica un acto abusivo del funcionario público quien prevalido de los poderes que le otorga el Estado induce al oferente o contratista a que le entregue o le prometa la entregar de un bien para su propio y personal provecho bajo la amenaza de desatar represalias, en forma ilegítima e ilegal, sobre los intereses del particular.

Este es un delito de carácter doloso porque el sujeto activo debe tener conocimiento de que lo que solicita es ilegitimo y va en beneficio personal. Debe tener la real intención de beneficiarse del abuso de poder que ejerce sobre el usuario o tercero.

1.7.3.5.- La Estafa[103] en la contratación pública.

Muy por el contrario del extendido criterio de que este delito no existe en materia de contratación pública podríamos afirmar que el tipo penal del COIP es perfectamente aplicable a esta área de la actividad humana en la que el Estado es un actor principal. El patrimonio público debe ser tutelado de manera

103. Artículo 186.- Estafa.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.

2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.

3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor. La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días

preferencial porque es un bien que pertenece a toda la colectividad y no es dable ni legítimo que un particular aprovechando cierta coyuntura concursal se aproveche del patrimonio público mediante actos que denotan la intencionalidad de beneficiarse engañado a los funcionarios y a la administración estatal. No entender el alcance del tipo penal vigente es desatender la prioridad que debe tener la provisión y el funcionamiento correcto de un servicio público construido mediante un proceso adjudicatario transparente en el que el principio de confianza sobre los roles que le corresponde al contratista u oferente privado se supone debe ser desempañado con rectitud acorde con sus deberes de ciudadano responsable.

Este delito únicamente es cometido por el oferente o el contratista sin que exista participación del funcionario público y del beneficio que recibiría a cambio de su permisibilidad. Porque de ser así no estaríamos hablando de una estafa sino de otro tipo de delito como el cohecho, peculado o tráfico de influencias.

La buena fe contractual, la preservación del interés patrimonial del Estado, el precautelar el correcto funcionamiento del servicio público y la seguridad de los usuarios del mismo son razones más que suficientes para penalizar este tipo de conductas. Por esta razón el Estado como sujeto pasivo del delito de estafa no debe tener ningún reparo de carácter dogmático jurídico, sea considerado ente jurídico o persona natural el funcionario público. La actitud de engaño del particular, la afectación patrimonial de la administración pública y no la posibilidad de incurrir en un error del Estado es lo que debería objeto de punición.

Si el engaño es el eje principal en el que gira el delito de estafa, en contratación pública pueda darse las siguientes situaciones que denotan este estado anímico del particular:

1.- Engaño a la administración pública sobre la información que debe decir lo que el ofertante es o tiene. Se entiende que el fraude en la información proporcionada por parte del particular que participa en un proceso de contratación pública se refiere a sus estados financieros, su situación jurídica, a su calidad de contratista no fallido, a sus certificados de experiencia, la idoneidad de su personal, al sistema de inhabilidades e incapacidades. Es decir, un engaño a través de la entrega de información que configuran a un

oferente que no corresponde a la real situación financiera, jurídica o técnica que tiene al momento de presentarse como un potencial contratista.

2.- Engaño en el precio ofertado por la construcción de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de bienes. La intención de favorecerse en un concurso contractual al proponer precios demasiado bajos configuran la intencionalidad de desplazar ofertas reales, no cumplir con el contrato o simplemente recuperar con creces a través de los contratos complementarios o a través de las ordenes de trabajo o proponer modificaciones en plazos, calidad y montos[104].

3.- El engaño a través de la construcción de una obra o prestación de un servicio inobservando los términos contractuales en términos de calidad de materiales utilizados, maquinarias compradas, cantidad de obra ejecutada o sobredimensionando el tamaño de la obra o proyecto.

En materia de contratación pública el engaño no puede ser sub dimensionado al tamaño de una mentirilla o de alguna inexactitud emitida por el oferente. Debe ser un engaño consistente evidenciado a través de actos de ocultación de información, de actos de simulación de construcción de la obra o prestación de servicios, actos de falsificación o utilización de documentos falsos, u otros mecanismos por medio de los cuales se permita configurar la existencia del dolo o culpa grave por hacer cree a la autoridad algo que no es verdad. Esta mentira o desinformación debe tener mucha idoneidad para producir el resultado de la adjudicación del contrato capaz de que, estableciendo una relación de causalidad adecuada o física, ese resultado de favorecimiento no se hubiera producido de saber la información ocultada. Incluso se puede utilizar el criterio de la imputación objetiva para atribuir los resultados lesivos a determinadas conductas de los oferentes o adjudicatarios.

En la estafa contractual debe distinguirse la existencia del dolo como

104. "... La Ruta Collas costó 23 veces más que una carretera en Bolivia, 8 veces más que una de México. Es 16 veces más cara que una en Perú y 32 veces más que algunas de Europa. Que una obra cueste un poco más de su valor original es comprensible, pero que prácticamente se triplique su precio inicial, crea serias dudas. Que una carretera como la Ruta Collas tenga una serie de trabajos extras que encarezcan su valor, como el recubrimiento de taludes, se entiende, pero que por eso llegue a costar 32 veces más que las carreteras de Europa, activa más dudas..." Ver en http://focusecuador.co/2016/04/04/ruta-collas-carretera-con-sobreprecio/

elemento configurador de la acción penal en los casos en los cuales existe efectivamente este elemento del tipo subjetivo porque de la inexistencia del engaño derivaría una acción civil o administrativa que no amerita la intervención penal. De tal forma que el dolo debe contener la intencionalidad de causar una lesión a los intereses de la administración pública, daño que debería consistir en un incremento patrimonial del ofertante o contratista y en una disminución del patrimonio del Estado.

La presencia del dolo en la contratación pública evidencia el cumplimiento de un hecho importante como es la presencia del mismo desde el inicio de la relación contractual porque de esta forma se configura la intencionalidad del afán de lucro que tuvo el contratista desde el comienzo. La predisposición de incumplimiento y de beneficio debe existir desde antes de la adjudicación La intencionalidad inicial de simular un contrato a sabiendas que no va a cumplirlo configura la existencia del dolo. Pero si éste aparece en el transcurso de la ejecución ya no se podría hablar de estafa sino de un simple incumplimiento de contrato.

Además, para la determinación de la existencia del tipo penal objetivo, aplicando la teoría de la imputación objetiva, en materia de contratación pública, mucho tiene que ver la actitud de la víctima, el Estado, en la configuración de la conducta delictiva. El ámbito de protección del Derecho Penal no llega a los campos en los cuales la víctima se ha sometido a una autoexposición de los riesgos generados por una pésima vigilancia, seguimiento o evaluación de la obra contratada. En este caso no podría atribuírsele la creación de un riesgo jurídicamente no permitido al contratista porque la obligación jurídica del Estado debió haber incluido las actividades de fiscalización de la obra o servicio.

1.7.3.6.- Infracciones cometidas en la fase precontractual que no están tipificadas como delitos

Una de las prácticas más comunes de influenciar en los procesos de contratación pública con el fin de manipular las calificaciones de los oferentes con la finalidad de excluir del proceso a determinados contratistas o simplemente participar en un concurso contractual sin cumplir con los requisitos

exigidos por la ley. Estas prácticas son regularmente cometidas por los mismos funcionarios públicos que intervienen directa o indirectamente en el proceso como por terceros a través varios mecanismos fraudulentos. En términos generales, existen comportamientos del servidor público producto de un proceso de maquinación y ejecución de cualquier artificio para defraudar a la administración pública, que pueden caer dentro del campo del peculado, cohecho, tráfico de influencias, concusión, pero que en nuestra legislación se encuentran fuera del ámbito de su punición.

No debemos olvidar que nuestra legislación penal tipifica como delito únicamente la adjudicación de contratos mediante expresas violaciones a disposiciones legales o reglamentarias. Es decir, la infracción perseguida es la culminación de un proceso que perfectamente podría haber sido objeto de irregularidades y actos dolosos cometidos por los participantes desde el momento mismo de la convocatoria a un proceso contractual sin que la ley los considere como conductas relevantes penalmente. Sin embargo en otros países, como los que forman la Unión Europea por ejemplo, tienen legislaciones mucho más severas en este sentido. Veamos algunos ejemplos:

1.- La elaboración de las bases o pliegos precontractuales y contractuales por los funcionarios públicos encargados de ello con el vedado proposito de excluir a ciertas empresas en beneficio de otras para irlas intercalando o adjudicándolas sucesivamente. Es decir, podría darse el caso, y de hecho se verifica en la práctica, la tarea de los servidores públicos de otorgar ventajas injustificadas a ciertos oferentes en perjuicio de otros, violentando el principio de libre acceso y el principio de legalidad. Es muy común el que algunas empresas obtengan fácilmente información privilegiada de las instituciones públicas que no la tienen otros; o que los funcionarios públicos diseñen las bases del concurso de manera direccionada para que sean solo una cuantas personas interesadas las que puedan calificar con sus ofertas; o simplemente descalificando de manera injusta las cualidades y condiciones de idoneidad que posean las empresas de la competencia.

2.- Existen acuerdos que limitan la libre competencia que a su vez limita la libre concurrencia a los procesos de contratación pública cuando, por ejemplo, varias empresas se comprometen, a cambio de reparto de otros contratos o por pago o precio, a no participar en una licitación. Estas conductas son sinónimo de concertación contra el principio de libre com-

petencia y tienen por finalidad evitar que otras empresas presenten ofertas con precios reducidos y económicos que implicaría una futura estafa a los recursos del Estado que terminaría pagando una obra con sobreprecio concertado.

3.- El Ecuador no ha sido ajeno al espectáculo de la construcción de una obra monumental, costosa, colosal pero inútil a las necesidades reales de la comunidad. Los famosos "elefantes blancos" han venido a constituirse en verdaderas pirámides del derroche y de la falta de planificación. Pero no es ingenuo pensar, como efectivamente ha sucedió aquí y en otros muchos países, que estas obras fueron pensadas y representadas a sabiendas de que eran innecesarias. Son ciertos servidores públicos los que inducen a que la sociedad demande la realización de algo que no necesita convencidos de las bondades de la obra explicadas por ellos mismos. Crean demandas artificiales y configuran el proceso de contratación encausado la contratación con determinada empresa. No existen ilegalidades pero si una construcción normativa precontractual diseñada para que determinado oferente gane el concurso o la licitación.

4.- En los concursos para proveer servicios o para realizar remates o subastas públicas, en donde se espera que el postor pague el mejor precio, pueden darse casos en los cuales los servidores públicos incurran en comportamiento dolosos a través de los cuales impiden la selección de la mejor oferta y la más conveniente para los intereses de la administración pública. Puede ser mediante prácticas de alejamiento de ofertantes para de esa manera reducir el número de concursantes a través de mecanismos que se encuentran por fuera y en contraposición de los principios que inspiran la contratación pública. Pueden alterar el precio del remate sea de manera directa, en el cálculo técnico; o sea a través del concierto entre postulantes para acordar un precio ínfimo entre los ellos y repartirse los bienes subastados para cada uno recibiendo el Estado el mínimo importe por una subasta maniatada.

El acuerdo entre proveedores sobre precios ofertados no está legislado en el COIP, existiendo únicamente el caso de agiotaje o venta al público de víveres(Art. 308) y el concierto de precios para operaciones financieras (Art. 313 núm. 4). No para contratación pública.

1.7.3.7.- Infracciones cometidas en la fase de ejecución que no están tipificadas como delitos

Tiene el mismo fundamento anterior. Las conductas lesivas a los intereses del Estado se concentran en forma más efectiva en la fase de ejecución del contrato. Es decir, se cometen una vez que la obra ha sido adjudicada a un oferente o contratista que puede incurrir en la realización de los siguientes comportamientos perjudiciales:

1.- El más recurrente es la utilización dolosa de materiales de menor calidad que el ofrecido emplear en la oferta y en el contrato firmado con la administración pública. Podría tratarse de un delito de estafa pero este tratamiento no ha sido aplicado en el Ecuador, siendo más bien considerado como de carácter administrativo o civil cuando el Estado hacer uso de los seguros o de las pólizas de garantía. Lo grave es que los defectos aparecen después de entregada la obra, pagado el diferencial del contrato y liquidadas las pólizas.

2.- El caso más grave que podría darse en este punto se refiere a la entrega por parte del contratista de una obra distintiva a la que se contrató, sin los elementos funcionales que se determinaban en el contrato. Podría decirse que se trata de un delito de estafa pero es muy difícil aplicarlo en nuestro país por las mismas razones expuestas en el punto anterior y porque presumiría una ausencia total de las tareas de seguimiento y fiscalización exigible para toda administración estatal. En otros países esta falta del contratista deja de ser civil cuando existe dolo o culpa grave en la actuación del mismo, más aun si está muy consciente de la importancia para los ciudadanos usuarios.

1.7.3.8.- De las infracciones cometidas según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011).

Esta ley tiene por objeto evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención,

prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. Es una normativa de carácter administrativo y civil que pretende relativizar las prácticas que en materia de contratación pública no constituyen delitos ni otro tipo de infracciones penales, sin que implique que no se puedan suscitar. Más bien tienen que ver con precautelar el principio de transparencia, objetividad e imparcialidad en los manejos del mercado, entendido este como un todo conglobante que abarca también el objeto de la contratación pública.

Las prácticas comunes, acusadas a empresarios y personas naturales en los concursos de contratación de bienes, obras y servicios con el Estado, se refieren a las prácticas reiteradas que buscan dejar fuera de competencia a otros oferentes mediante actos de descalificación injusta, programada, colusoria, concertada con funcionarios públicos o con terceros únicamente. Actos de abuso de mercado, acuerdo y prácticas restrictivas, previstos en los artículos 9 y 11de la ley, como:

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

2.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

2.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.

3.- El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.

4.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por re-

sultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.

5.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

6.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

7.- Todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

8. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

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

10. Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios.

11. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de

manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

12. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.

13. La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.

14. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

15. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.

16. Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.

17. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.

18. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

19. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

El efecto jurídico son de nulidad de pleno derecho de todos estos acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que no estén amparados por exenciones de la misma ley. De acuerdo con el Art. 72 la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de encontrar indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes,

aparte de las sanciones administrativas que previstas en la ley.

Pero lo verdaderamente novedoso es que por primera vez un órgano que no es el más idóneo, a diferencia de la Contraloría General del Estado o la misa Procuraduría General de Estado, tome medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, entre las que podría mencionarse: a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o, c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.

El poder de la superintendencia es tal que por sobre las decisiones del SERCOP, de la máxima autoridad de la entidad contratante e incluso de la misma Procuraduría y Contraloría puede revertir un concurso o procedimiento de contratación pública si a su criterio considera que los oferentes o los mismos funcionarios públicos han incurrido en alguna de estas prácticas desleales tipificadas en la Ley de regulación y control del mercado. Así lo establece el Art. 2 de la misma ley que delimita que el alcance de sus decisiones y el estado de sometimiento a la ley abarca a los todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

En tal virtud esta ley viene a complementar cierto vacío que en otras legislaciones constituyen infracciones de carácter penal sancionadas drásticamente con penas privativas de libertad y pecuniarias que buscan desestimular su comisión en todos los ámbitos de la contratación pública.

1.7.4.- Mecanismos de atenuación del fenómeno de la corrupción en Ecuador.

Se planea varias alternativas que pueden servir como mecanismo atenuante del fenómeno de la corrupción en la contratación pública, especialmente. Sin embargo de existir múltiples convenios internacionales sobre el tema lastimosamente hace falta una voluntad política fuerte para que se puedan implementar medidas que cierren el cerco de la corrupción. Veamos algunas de las más importantes.

1.7.4.1.- Reducir el Estado.

Entre las múltiples proposiciones sobre cómo combatir eficazmente la corrupción ocupa un lugar importante la reducción del estado como método para reducirla. Se plantea que aunque una administración más pequeña puede derivar en una gestión más honesta y que ello no es inevitable, que los esfuerzos conjuntos de funcionarios y particulares corruptos seguirán siendo un problema aun con una administración reducida, a menos que reformas legales e institucionales limiten la oportunidad de corrupción.

Por ejemplo proponen políticas que buscan la creación de unas condiciones apropiadas para que los servidores públicos sean profesionalizados y motivados. Más que crear controles rigurosos y sanciones draconianas, es preciso crear mística y compromisos sobre la base de darle prestigio a la función pública: prestigio que, a su vez debe basarse en la integridad de sus actuaciones, esto es, su transparencia, oportunidad, calidad y eficiencia.

En el Blog de FORO DEMOCRATICO[105], en relación con la corrupción en el Ecuador, menciona que la corrupción es más que el resultado del actuar discrecional, arbitrario de los monopolios estatales que no rinden cuentas nadie ni tienen un competidor que les obligue a ser más eficientes. Propone la desmonopolización de los servicios públicos a fin o de que se privaticen o de que compitan en igualdad de condiciones con operadores privados para que brinden los mismos servicios, aunque no hace un análisis de los intentos de privatización y los resultados negativos que han tenido las experiencias

105. Blog de FORO DEMOCRATCO.Publicado por Jean Grunauer Calle el octubre 21, 2009 a las 10:59pm.

nacionales y latinoamericanas que han incurrido en la aventura de entregar la provisión de servicios públicos en manos de la empresa privada.

Otra explicación más ecléctica del fenómeno de la corrupción, según Gustavo Coronel, ex-funcionario de Transparencia Internacional[106], se fundamenta en la existencia de tres factores que la fomentan: los motivos para ser corruptos (como los salarios bajos), las oportunidades para cometer actos de corrupción (no hay rendición de cuentas, ni división de poderes), y la impunidad al hacerlo (no se castiga a los responsables de la corrupción). Mientras no se entienda esto se podría crear todas las secretarías, comisiones y ministerios que queramos para combatirla pero la corrupción seguirá ahí.

La clásica visión de la Iglesia Católica ecuatoriana siempre se ha inclinado por la educación en valores y a la luz del evangelio de Cristo. Así lo ha propuesto el ex Obispo de Guayaquil Antonio Arregui quien considera que la pérdida de los referentes éticos y morales junto con la complejidad de las relaciones sociales han sido las causas que han generado el aparecimiento de la corrupción.[107]

En la misma línea piensa el antropólogo Teodoro Bustamante quien exige la práctica y la promoción de una nueva ética en relación con este fenómeno. En efecto argumenta que "*... Y aquí viene algo que puede parecer paradójico, para poder combatir la corrupción, lo primero que debemos hacer es respetar a todos aquellos sobre los que tengamos dudas de su comportamiento público. Pero respetar no significa ser cómplices. Necesitamos crear una nueva ética de la denuncia, en la cual podamos ser firmes en la búsqueda de los ilícitos, sin por ello atropellar derechos o dignidad de nadie. La ligereza en las acusaciones es parte de la lógica de la corrupción.*

Y esta ética de la denuncia también plantea exigencia a quienes controlan el poder político. Si los encargados de perseguir la corrupción son los mismos que están en condiciones de cometer actos corruptos hoy, llegamos a las condiciones ideales para que la corrupción se perpetúe indefinidamente, con escándalos permanentes, en la que los poderosos de hoy acusan a los pode-

106. Mencionado por Gabriela Calderón en el artículo publicado en El Universo el 1 de enero del 2008.

107. Ver en www.aciprensa.com web, del 01 de septiembre del 2010: El Arzobispo de Guayaquil, Mons. Antonio Arregui, aseguró a la prensa local que la Iglesia en Ecuador combate la corrupción a través del aporte moral y los pronunciamientos públicos, con los cuales se educa en valores).

rosos del pasado y nunca rinden cuantas sobre los hechos que, día a día, se van cometiendo..."[108].

No obstante, Estévez Alejandro[109] recurre a investigaciones realizadas por Andvig y Odd-Helge (2000), según las cuales la relación entre niveles de corrupción y Estado grande no siempre es directamente proporcional, y pone varios ejemplos. Esto significa que tanto Estados grandes como estados pequeños con un gasto público muy superior tienen niveles de corrupción reducidos, según el ranking de Transparencia Internationa[110].

1.7.4.2.- Hay que disminuir los costos de la legalidad.

Enrique Ghersi[111], coautor del conocido libro *El otro sendero*, explica que la corrupción es un efecto y no una causa. Es decir, se piensa que como somos demasiado corruptos no funciona el sistema, la democracia, y la ley, cuando es exactamente al revés. Según Ghersi, como no funciona el Estado de Derecho, como no funciona el sistema institucional, se produce la corrupción como una alternativa para que la gente pueda desarrollar sus diferentes actividades económicas.

Esta es una teoría interesantísima que proponen diversos analistas políticos de derecha. Ellos creen, sin que sea una visión exageradamente economicista, que la corrupción no es una causa por la que no funciona el sistema de derecho ni la democracia en forma efectiva, sino que es al contrario: la corrupción está allí para poder facilitar el funcionamiento del sistema socio-jurídico imperante. Si no existiera corrupción, este sistema, tal como está diseñado

108. www.teodorobustamante@hotmail.com.artículo corrupción, 20 de junio del 2010.

109. Estévez Alejandro M.(2005). Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social revista Venezolana de Gerencia (RVG).Año 10. Nº 29, 2005, 43-85 Universidad del Zulia (LUZ).
http://www.redalyc.org/pdf/290/29002904.pdf Ultima consulta el 29 septiembre del 2016.

110. Estévez Alejandro. Ob.cit. De la Tabla 1 se desprende que Finlandia, tiene un gasto público equivalente al 59.4% de su PBI, y que en segundo lugar le sigue Dinamarca con un60.8%. De los países nórdicos, Finlandia, Dinamarca y Suecia (66.1%), se ubican fuertemente por sobre el promedio de tamaño del Estado de esta muestra (48.0%). Solamente Noruega (46.4%) e Islandia (37.3%) estarían por debajo. El país con el Estado más pequeño en esta muestra serían los EEUU con un 34.6%, pero debemos también relativizar este resultado porque su economía es la más grande del mundo.

111. 38 Ghersi Enrique (1989) El otro sendero, Lima. Editorial Pizarro. Pag.56

no funcionaría porque la expedición y el cumplimiento de la ley o la normatividad jurídica tienen un alto costo. Es decir, su cumplimiento exige esfuerzos considerables traducidos en tiempo, dinero y resultados. Si al ciudadano se le exige el cumplimiento de una ley que requiere previamente información para cumplirla y una tramitología que significa tiempo y dinero, la obvia salida es el acatamiento de la misma sin que signifique que va a cumplirla en los términos constantes en su texto sino que recurrirá a mecanismos no legítimos y menos costosos para obtener el mismo resultado cómo si la cumpliera. La ley tiene su costo y si el beneficio de su cumplimiento es menor al costo de la información y el tiempo que se necesita para cumplirla simplemente no será obedecida. Es una cuestión de costo-beneficio.

Pero en la práctica el costo de la ley no es igual para todos. A los pobres el cumplimiento de la ley tiene un costo que significa un importante porcentaje de su ingreso (Información de transparencia sobre el costo) que es parte de lo mínimo que tiene para subsistir. El rico generalmente puede pagar ese costo porque le significa poco y porque su falta de cumplimiento le permite reproducir su capital.

La economía de la ley es entonces fundamental para entender el problema de la corrupción. La corrupción es una consecuencia de una mala economía de la ley en el momento en que el costo de la legalidad excede su beneficio. Si sucede esto, la ley se incumple. *"En ese contexto, hay dos posibilidades. Cuando la ley es excesivamente costosa, los ciudadanos están puestos frente a una disyuntiva, hacen cosas que legalmente están prohibidas o no las hacen. Esto dependerá de un análisis microeconómico personal de cada individuo. Habrá alguno que no hará las cosas prohibidas, pero habrá otros que no tendrán más remedio que hacerlas. Por ejemplo, el fenómeno de la llamada "economía informal" es exactamente un problema de corrupción en sentido conceptual y una consecuencia de la mala economía de la ley frente a un sistema institucional excesivamente costoso. Hay centenares de millones de personas en el Tercer Mundo a las que no les queda más remedio que ponerse al margen, y aun en contra de la ley, para desarrollar fuera de ella sus actividades económicas y sociales."*[112]

Algunos pensadores creen que la corrupción es un impuesto que los ciudadanos pagan para que la ley costosa no se cumpla en ellos. Es decir, para

112. Ghersi Enrique. El otro sendero. Ob.cit. Pag. 87.

mantenerse en ese estado de exclusión deben pagar ese impuesto ilegal.

Otros creen que la corrupción es un seguro porque el pago que realizan a los funcionarios públicos es para que reciban la protección de la no aplicación de la ley costosa en ellos.

Por tanto, según esta teoría, para encontrar una solución al problema de la corrupción no debemos seguir pensando en soluciones éticas ni morales ni penales. Lo único que deben hacer los países en desarrollo como el nuestro es reducir el costo de la ley. Evitar que la vigencia de una norma jurídica signifique la exigencia de la pérdida de tiempo en obtener información y de recursos económicos para cumplirla. Siendo éste un costo mayor que los beneficios que se va a obtener.

Tenemos que recomendar decididamente la reducción del costo de la legalidad como uno más de los mecanismos eficientes a largo plazo para obtener una reducción definitiva de las tasas de corrupción, no como el único porque la solución es holística o multidisciplinaria.

1.7.4.3.- Fortalecer la participación ciudadana en la prevención y lucha contra la corrupción y mejorar la transparencia y la eficiencia de la gestión publica.

Pensadores sociales modernos apuestan por la aplicación de una medida eficaz de fortalecer la capacidad de la sociedad civil de ejercer un control social y político sobre la gestión del Estado, sea presionando por reglas del juego político que permitan efectivamente hacerle frente al problema; o facilitando la vigilancia sobre la tomas de decisiones de interés general; o contribuyendo en el mejoramiento de la provisión de bienes y servicios públicos a través de una continua comunicación y cooperación entre las entidades públicas y la ciudadanía. A mayor información más probabilidades de control ciudadano sobre la obra pública.[113]

113 .Ecuadorinmediato.com.2010-09-03.08:18:00.Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción (AUDIO) ".... Finalmente, sostuvo que "en este país existe corrupción no se puede negar, creo que la mayoría de los ecuatorianos somos honestos, pero hay unos pocos corruptos y me imagino también que en el Gobierno los hay, para eso existe la Secretaría de Transparencia...".

Por otro lado, buscan igualmente exigir que el estado brinde la solución efectiva y equitativa a los problemas sociales y provea servicios de calidad. Para ello se asume que, en la medida que se promueva la eficiencia en la gestión pública y, sobre todo, se oriente la gestión hacia la obtención de resultados y hacia el establecimiento de claros esquemas de responsabilidad y rendición publica de cuentas de quienes manejar recursos públicos, se reducirán los espacios para la corrupción.

Por ello consideran importante y fundamental desarrollar la cooperación institucional para la investigación y sanción de la corrupción, para hacer frente al bajo nivel de comunicación y cooperación que existen entre los organismos que, desde el Estado y de acuerdo con su órbita de competencia legal, tiene como función entre otras posibles, la vigilancia de la conducta ética y moral del servidor público, como el control de los gastos públicos.

Un ex Asambleísta Nacional, a inicios del 2008 entre los justificativos que hizo a un olvidado proyecto de FISCALIZACION PUBLICA Y CIUDADANA A LA CONTRATACION PUBLICA consideró que era hora de realizar un trabajo profundo sobre la forma cómo se gastó cerca de 26.000 millones de dólares en un lapso de 12 años que supuestamente estuvieron destinados para la contratación y ejecución de grandes obras y que pese a lo público y notorio de los actos de corrupción, la mayoría de auditorías internas o externas realizadas a estos recursos en esos periodos no encontraron anormalidad alguna. Pero esta fiscalización debe obligatoriamente contar con los mecanismos de control social establecidos e institucionalizados en la ley so pena de convertirse en uno más de los actos corruptos realizados para aparentar el combate a la corrupción.

Los datos preliminares que sirven de sustento para esta propuesta de fiscalización pública y ciudadana a la contratación pública en el Ecuador, ponen en la palestra la duda legítima sobre si esos 26.000 millones de dólares fueron sembrados en el desarrollo del país, en el mejoramiento de las condiciones de vida de los ecuatorianos, en la implementación de una red básica de infraestructura vial, sanitaria, educativa, interrogantes que posiblemente podamos responder una vez que se realice con toda la seriedad del caso el análisis de la actuación de la Contraloría General del Estado y de otros organismos relacionados y que hoy forman parte del sistema nacional de contratación pública. Fiscalización que debería estar acompañada de otra de la misma calidad sobre cantidad similar que se ha gastado la actual administración en contratación pública.

CAPITULO II

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

2.1.- Antecedente Importante.

En un trabajo de investigación realizado en el año 2006 por Transparencia Internacional para América Latina y el Caribe, denominado *Mapas de Riesgos, Proyecto Regional Contrataciones Transparentes*, tanto en el capítulo que describe la situación en 9 países de la región de la contratación pública para América Latina como en el caso ecuatoriano, realizan un mapa de riesgos de corrupción en el que primeramente identifican los marcos en los cuales se debe trabajar a futuro en la legislación sobre contratación pública. Este antecedente que contó con la colaboración de la Corporación Latinoamericana de Desarrollo en el Ecuador, que era la representante de Transparencia Internacional capítulo Ecuador, fue el instrumento guía o referente conceptual para la elaboración de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública actual.

Efectivamente se insistió en que cualquier normativa que intente con seriedad y responsabilidad legislar sobre contratación pública debe tener como referencia una serie de valores y principios fundamentales que debe regir las licitaciones (término utilizado para referirse a todo proceso de contratación con libre competencia y en oposición a la contratación directa) en esta materia. Algunos principios tienen su fundamento económico, público y doctrinario. Por regla general, toda compra o encomienda hecha por el Estado debe serlo a través de licitación, con contadas excepciones (pequeños montos en compras aisladas, emergencias causadas por catástrofes, etcétera). Estos principios son:

1.-No debe haber margen que permita alzar barreras a la entrada.

Si consideramos conceptualmente que la actividad estatal genera mercados para ofertar los productos que necesita el Estado, estos mercados deben estar regulados a fin de garantizar la comparecencia de cualquier ofertante y sin discrimen alguno.

2.- Se debe apuntar al máximo de eficiencia económica.

3.-Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes.

4.-Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes y al público.

El norte del Estado para realizar contratos es la satisfacción de las necesidades públicas de los habitantes del país y no la satisfacción primaria de intereses particulares del administrador de la cosa pública ni de terceros. El público debe enterarse de lo que sucede en esta área si es que se le informa.

Lo ideal fuera que en todos los procesos contractuales el público interviniera para enterarse e informarse de la forma cómo manejan los recursos públicos. Pero en el ser de la contratación esto no sucede a excepción de ciertos casos en donde los montos son altos. El principio debe mantenerse en la apertura total a la información y a la participación.

5.- Toda licitación arriba de determinado valor ha de tener sus motivaciones sometidas a discusión pública.

6.- Toda licitación arriba de determinado valor ha de tener sus términos sometidos a discusión pública.

7. Las reglas para licitaciones deben dejar lo mínimo posible de margen para el ejercicio de discrecionalidad de parte del administrador público.

El avance experimentado por el Derecho Administrativo ha hecho que éste adopte varios principios propios de la gerencia privada. Principios de productividad, de responsabilidad y eficiencia y la desregulación normativa para agilitar su actuación y toma de decisiones. Aplicado al ámbito público

de la contratación estos principios se traducen en que la ley debe otorgar una amplitud necesaria y suficiente, no en los términos que tienen los administradores privados, para que el funcionario contratante tenga un margen de discrecionalidad y amplitud en la toma de decisiones. Esto requiere que concomitantemente funcionen los mecanismos de control fiscal, administrativo, político jurídico, etc. En el que tenga intervención directa la prensa y el poder ciudadano. Era evidente que el ambiente latinoamericano no presentaba dichas características.

El informe también hace referencia a que dentro de estos principios no se hace una mención directa a los valores de igualdad, transparencia, responsabilidad del administrador y otros más. Esto se debe a que "*...esos valores, que son siempre presentados como "principios", de hecho no lo son, correspondiendo, en verdad, a objetivos a ser alcanzados...*" (Informe de transparencia)

En relación con el principio de participación ciudadana el informe relativiza a que la participación solo debe enfocarse en las licitaciones que representen altos montos de dinero, cosa que, como lo veremos a futuro, el control social sistemático debe ser de gran envergadura y con una amplia participación en todo el proceso licitatorio y durante todas las etapas contractuales: antes, durante y después de firmado el contrato.

2.2.- EL CONTEXTO PARA UNA EFICAZ LEGISLACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dentro de esta perspectiva el documento vislumbró escenarios o marcos dentro de un contexto de control, prevención y combate a la corrupción que legislaciones nuevas deben caracterizarse como elemento diferenciador de antiguas leyes de contratación cuyos principios si bien es cierto se encuentran formalmente superados pero que en el contexto individual tiene un cúmulo de taras disimuladas por prácticas encubiertas en un contorno político de hecho que lo justifican. Estos marcos referenciales que siempre deben estar presentes en el desarrollo de toda política pública contractual son:

1.- El exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites.

El principio cero de la contratación pública establece que ésta debe realizarse mediante licitación por regla general y excepcionalmente por contratación directa (catástrofes naturales, graves riesgos para la economía del país, para el público, para la seguridad del Estado, y casos semejantes). Estas excepciones deben ser bien fundamentadas y justificadas para evitar la adjudicación a dedo de los contratos; deben ser previas, inmediatas, y reales para evitar declaraciones artificiales de emergencia.

2.- El segundo marco del mapa de riesgos es la existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.

Esto implica la existencia de reglas uniformes para todos los procesos de compras públicas sin importar cuál sea la institución que convoque. Desde la perspectiva económica reglas diferentes representan barreras al acceso, favoreciendo la formación de trusts y perjudicando a la eficiencia económica. Esto es particularmente común en los proyectos financiados con recursos de las instituciones financieras internacionales.

3.- Así, pues, el tercer marco del mapa de riesgos es el definir a puertas cerradas proyectos de gran magnitud y las reglas de las respectivas licitaciones.

En todo proceso de contratación y en especial en los que están involucradas grandes sumas de dinero cualquier compra o encomienda sustancial hecha por el Estado debe ser ampliamente debatida. La ciudadanía tiene derecho a emitir su opinión sobre la relevancia o no de dicha encomienda, sobre su motivo y sobre las condiciones en que se hace a través de un sistema de participación efectivo.

La planificación anterior al proceso licitatorio y la etapa de las reglas de juego (elaboración de pliegos) deben ser separadas porque en la primera existe la posibilidad de que se realicen actos de corrupción en forma de pago de favores o sobornos. El control en esta parte es importante porque podría prevenir la contratación de proyectos innecesarios, irrelevantes a la

verdadera necesidad de la gente, solo con el fin de favorecer a alguien. De igual modo se debe ejercer control social en la elaboración de los pliego porque puede estarse redactando condiciones que favorezcan a determinados proveedores perjudicando a legítimos competidores. Igualmente se debe legislar con normas de control para el proceso de redacción del contrato a fin de que no existan cambios fraudulentos en las reglas durante la ejecución del mismo

4.-La falta de estudios previos y, cuando los hay, la falta de calidad o sesgo en los estudios previos a la licitación constituyen riesgo de corrupción.

Dice el estudio que existen dos riesgos: (i) que los estudios previos de estructuración del proyecto (técnicos, de mercado, jurídicos, etc.) se hagan con la intención de favorecer a alguien, o (ii) que no exista la capacidad técnica suficiente en la institución y los estudios resulten ser de mala calidad induciendo a la falta de claridad en los documentos de licitación. La existencia de estudios previos debe ser conocida para que exista participación y socialización de los mismos especialmente durante la elaboración y ejecución de los planes anuales de la entidad. Estas licitaciones deben ser publicitadas y difundidas ampliamente.

5.-La falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio es un punto vulnerable.

Este estudio recomienda que la publicación en lo posible sea realizada en la red vía electrónica, utilizando el internet que es de amplia cobertura. No debe ser publicitada en secreto y solo para ciertas empresas escogidas previamente. Los plazos deben ser razonablemente suficientes para elaborar una propuesta.

6.- La falta de tiempo para que todos los licitantes en potencia puedan prepararse es una barrera al libre acceso.

Los plazos y términos deben ser suficientes para que los interesados puedan preparar sus propuestas de acuerdo a la complejidad del proyecto a licitarse. Las reglas que se elaboren y que rijan el proceso contractual deben garantizar al máximo el derecho de impugnación, sea por vía admi-

nistrativa, sea por vía judicial, para aquellos interesados que se crean perjudicados, en lo tocante a cualquier decisión de la administración pública.

7.- La falta de garantías al derecho a la contradicción es incompatible con un Estado de Derecho.

El Informe también determina que el derecho de impugnación constitucionalmente reconocido podría ser usado con una buena dosis de mala como un instrumento a través del cual se pretende causar retrasos en el proceso de contratación buscando la manera de sacar provecho de esta circunstancia, incluso como se ha evidenciado hacer del proyecto un asunto inviable.

No obstante el sistema debe necesariamente contar con un sistema de alertas que penalicen actitudes y procedimientos que indudablemente evidencien objetivos de boicot. Este tipo de penalización maneja racionalmente sobre la base de elementos objetivos no puede ser invocada como justo pretexto para manifestar oposiciones al derecho a protestar. Dentro del marco nacional e internacional existe un conjunto de prerrogativas que obligan a los participantes encuadrase dentro de marcos de estricta confidencialidad con las consecuencias de rigor en caso de que sean vulneradas.

Sin embargo, las evaluaciones de las propuestas deben ser claras y transparentes y el ejercicio de este derecho no debe ser objeto de retaliaciones por parte de las entidades contratantes.

8.- Procesos de juicio de licitaciones que asignan "puntuación" al nivel de calidad de las ofertas quedan abiertos a la corrupción.

Esto debido a que dejan demasiado margen para la discrecionalidad del administrador público. Este antes referido estudio de Transparencia Internacional (2006) establece que:

"...el único criterio de juicio estrictamente objetivo es el precio ofrecido: si se prohíben otros criterios de juicio, es el menor precio lo que señala al vencedor. En este aspecto es importante considerar la diferencia entre los procesos de contratación de bienes o servicios y la contratación de otros productos como las consultorías, donde hay un componente de aporte intelectual que es preciso evaluar para ver cuál propuesta es efectivamente mejor en asuntos como la comprensión del problema y de acercamiento

metodológico a su solución. En estos casos, aunque es aceptable que se evalúen elementos de "calidad", es importante evitar la discrecionalidad en la evaluación, lo cual se logra definiendo parámetros sobre los cuales se va a realizar la misma y formando equipos plurales de evaluadores que deban confrontar y sustentar sus propios criterios en la evaluación. Los criterios para juzgar que pueden ser usados en licitaciones públicas son controvertidos.

Muchos aceptan que, además del precio ofrecido, tales criterios incluyan evaluaciones de items técnicos de cada propuesta. Los que defienden esta posición argumentan que esa es la única forma de evitar que el Estado adquiera bienes y servicios de baja calidad, o con precios inejecutables. Otros, al contrario, consideran que el proceso de evaluación de criterios técnicos abarca necesariamente una apreciación subjetiva, por tanto, sujeta a la influencia de intereses ocultos. Según este último punto de vista, el riesgo de adquirir bienes y servicios de baja calidad es compensado por la exigencia de que la responsabilidad de definir la calidad sea del propio Estado, y no de los proponentes. Y el riesgo de precios inejecutables se evita con fuertes puniciones si hubiese fallas de ejecución".

9.- Otro riesgo es la posibilidad de que la responsabilidad de la evaluación de propuestas recaiga en una sola persona.

Un riesgo importante que el Informe de Transparencia Internacional (2006) considera tener en cuenta es que las evaluaciones de las ofertas deber ser realizadas por comités o grupos plurales de personas que deban confrontar sus criterios a la hora de calificar no solo la oferta sino también la idoneidad de quienes ofertan, su existencia legal, su capacidad y otros requisitos más, su registro, etc.

10.- Un esquema muy conocido de corrupción consiste en definir condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.

Exigir condiciones muy difíciles de cumplir para dejar fuera de concurso a ciertas empresas y permitir que otras sean las que califiquen. Tales límites deben ser definidos no en términos absolutos, sino como un porcentaje del valor estimado de cada contrato. Se deben incluir ciertas características como la de que tengan experiencia o un equipo de determinado perfil[114].

11.- Una de las áreas de mayor controversia en licitaciones son las exigencias de "experiencia previa" de las empresas competidoras.

El requerimiento de que las empresas o personas jurídicas que intervienen en una licitación tengan experiencia ha sido duramente debatido en el sentido de que la experiencia es un fenómeno personal y que solo es atributo de las personas naturales y no de las personas jurídicas. Sólo personas tienen memoria, y por ende experiencia. Así, en principio, no hay justificación racional para echar mano del argumento de la "experiencia" para impedir a cualquier empresa de entrar a hacer parte del mercado de suministro de productos o servicios al sector. Pero, como se ha dicho anteriormente, el tema es muy controvertido.

12.- Una familia de mecanismos de corrupción estrechamente enlazada con los anteriores son las exigencias de que las empresas licitantes tengan determinados equipos o empleen determinados tipos de profesionales.

Nadie puede hacer una inversión en activos si previamente no ha sido adjudicada una oferta o celebrado un contrato. Exigir que el contratista tenga

114. El MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO Versión 1 / MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DEL ECUADOR 2015 / Preparado por: SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL, COORDINACIÓN TÉCNICA DE CONTROVERSIAS e INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS ESTRICTIVA -SCPM "...Ejemplos:1.-Se solicita certificados de no adeudar a ciertos Gobiernos Autónomos Distritales Municipales como un requisito obligatorio, esto discrimina la participación de oferentes que se encuentren en diferentes cantones o provincias.2.-En experiencia general y específica, se solicita la experiencia obtenida en cierto sector específico del sector público. (Las Entidades con el fin de direccionar los procedimientos a los oferentes con los cuales han rebajado anteriormente, solicitan experiencia específica con la misma Entidad, lo cual deja sin posibilidades que nuevos oferentes sean adjudicados).3.- Se considera la condición de propio como mecanismo exclusivo de acreditación, imposibilitando a que un proveedor pueda presentar cartas de compromiso de compra-venta de maquinaria.(Dentro de los pliegos las Entidades solicitan que los equipos que van hacer utilizados por los oferentes, sean de propiedad del oferente, privilegiando de esta manera a las grandes empresas que están en la capacidad económica de comprar estos equipos previo al procedimiento; sin embargo de esta manera se perjudica el crecimiento de proveedores que con un compromiso de compra o arrendamiento cumpliría a totalmente el objeto de contratación).4.-Para calificar la experiencia del oferente, se establece otorgar la totalidad del puntaje a quien justifique la totalidad del presupuesto referencial en un solo contrato; lo cual resulta discriminatorio y limita la posibilidad de adjudicación a los oferentes que habiendo ejecutado montos iguales o superiores al presupuesto referencial, lo hayan hecho en varios contratos; beneficiando nuevamente sólo a las empresas grandes..." Ver en http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf ultima consulta 2 de septiembre del 2016 a las 12h32

maquinaria propia es un desafuero sin sentido, puesto que los equipos pueden ser alquilados o arrendados. En relación con el personal especializado en muchas ocasiones se direcciona el proceso a favor de ciertas empresas exigiendo que tengan en su nómina ciertos profesionales que no tienen las otras La experiencia requerida la acredita cuando un profesional la tiene y es contratado. No es necesario tenerlo ex - ante como empleado pero suele ser otra manera de establecer barreras de entrada exigiendo características y experiencia de esos profesionales que solo unos pocos cumplen[115].

13.- El cambio de reglas del juego que afecten las posibilidades de participación durante la etapa de preparación de propuestas es un riesgo.

No es recomendable permitir que las entidades licitantes puedan modificar los términos de la licitación después de que se ha iniciado el proceso y hasta la fecha de entrega de las ofertas porque existe riesgo de que se cambie la fecha de cierre y que algunos proponentes no tengan tiempo suficiente de prepararse ante este nuevo plazo o término y otros si lo tengan por estar anticipados ilegítimamente.

14.- El exigir garantías irrazonables es una manera para restringir la participación de competidores.

No es razonable exigir garantías financieras que corresponden a porcentajes muy altos del valor total del contrato, deben tener un tope caso contrario o sólo empresas gigantes podrán cumplir con los requisitos. Transparencia Internacional (2006) insiste en que "...además, las garantías financieras no deben estar limitadas a metálico, sino incluir también

115. Ejemplo: "....Se solicita a los oferentes que acrediten experiencias muy superiores al presupuesto referencial de la contratación; con lo cual buscan dar el mayor puntaje sólo a las grandes empresas. 6.- Se establece dar puntaje al parámetro "experiencia del personal técnico" en una obra, colocando como condicionante que estos profesionales presenten Actas de entrega -recepción de obras. Este requisito es de muy difícil cumplimiento por profesionales que sólo apoyaron en la ejecución de una obra y por tanto no tienen acceso a estas actas de entrega, direccionando el puntaje de este parámetro a aquella empresa que sí hayaotorgado copias de estas actas a los profesionales que forman parte de su plantilla de trabajo. (En el caso que nos ocupa, las entidades contratantes limitan la participación de oferentes en el momento que solicitan que su personal técnico presenten como requisito de cumplimiento mínimo obligatorio un Acta de entrega - recepción a su nombre, beneficiando al oferente que tenga un grado de amistad con los funcionario de la entidad, para que de esta manera les otorguen las actas requeridas..." Ver más en Ver en http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf ultima consulta 7 de septiembre del 2016 a las 12h37.

títulos públicos, pólizas y otros activos financieros con buena liquidez. Un armazón para licitaciones dotado del grado de apertura delineado hasta aquí debe ofrecer como contrapartida una serie de medidas para punición en casos de incumplimiento de obligaciones. Se conocen esquemas de corrupción en los que algunas empresas ganan la licitación, reciben parte de lo que se les debe, pero a partir de dado momento dejan simplemente de cumplir el contrato" (Pag.7).

15.- La inexistencia de puniciones por incumplimiento de contrato, o la existencia de puniciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público, es un factor de corrupción.

La práctica del incumplimiento debe ser severamente castigado, tanto financieramente, como impidiendo su participación en otros procesos. De igual forma se debe proceder a castigar cuando se nieguen a firmar el contrato una vez adjudicado el mismo.

16.-. No hay justificación para mantener en secreto cualquier aspecto de una licitación pública.

Todos los mecanismos, documentos y decisiones relacionados a una licitación tienen que estar totalmente abiertos al público, preferentemente en los sitios web de las redes del Internet.

17.- Los niveles de interpretación que hay que aplicar al momento de evaluar licitaciones son otro marco en el mapa de riesgo.

El documento referido admite que sin importar lo claro que sea la documentación exigida en un proceso contractual, en el momento de valorar y evaluar los mismos, existen dudas de interpretación en considerar si existe o no una documentación faltante o incompleta, y si su ausencia es subsanable o no. Dejar a la discreción de un funcionario de la entidad contratante la posibilidad de decidir a su parecer si esa documentación es objeto de descalificación o de recomposición, constituye un riesgo para la corrupción. El reporte del funcionario público debe ser de libre acceso público.

18.- Otro típico espacio de riesgo de corrupción es la aceptación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.

Son inamovibles, por principio jurídico, las reglas de los procedimientos contractuales. Estos deben estipular claramente los requisitos que se admitirán como idóneos tanto en los aspectos cuantitativos como cualitativos las circunstancias en las cuales se admite cambios contractuales. El manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador preparado por la Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de controversias e intendencia de investigación de abuso del poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictiva-SCPM, ejemplifica este procedimiento de corrupción cuando se advierte que "...4.-Certificados solicitados en las especificaciones técnicas no constan de igual condición como en los pliegos. (Las Entidades colocan un archivo anexo a los pliegos bajo el nombre de Especificaciones Técnicas, en el cual se incorporan requisitos diferentes de los establecidos en los pliegos, lo cual genera la confusión de los oferentes al momento de presentar su oferta; así como, se traduce en que la Entidad dentro de la calificación utilice discrecionalmente los criterios para favorecer a un oferente).5.-En la etapa de preguntas y aclaraciones dentro de un procedimiento, se modifican las disposiciones contenidas en los pliegos de condiciones referentes a la metodología de calificación por puntaje, con el fin de direccionar la calificación hacia condiciones que sólo un proponente presentará. (La Entidad después de mantener conversaciones con el oferente que quiere que sea el ganador, modifica ciertos parámetros en la etapa de "Preguntas, Respuestas y Aclaraciones", con el fin de que la oferta de dicho proveedor obtenga los máximos puntajes y de esta manera asegurar que sea el ganador del procedimiento)[116].

19.- La inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.

Lo ideal es que las entidades públicas tengan en sus registros informáticos bancos de datos de libre acceso público, en línea e interconectados en el que consten los precios actualizados de los bienes a contratarse, que permita hacer comparaciones de precios en forma directa. La ausencia de estos catálogos es un grave riesgo en contratación pública.

116. Ver documento completo en http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf

20.- La inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los suministradores del Estado es otro marco en el mapa de riesgos de corrupción en licitaciones.

Se debe reglar el pago que deben hacer las entidades contratantes a los proveedores de bienes y servicios de tal forma que se supere el sistema mediante el cual el pagador a su libre arbitrio escoge a quien pagar y a quien no pagar. Esta potestad tiene su precio. Como dice el Informe el suministrador "compra" el derecho a recibir mediante la coima y el soborno. Quizá una forma de evitar sea exigiendo el pago siguiendo el orden cronológico del vencimiento.

21.- Otro riesgo de corrupción se da en las disputas entre los contratistas y las entidades públicas, que se llevan a los estrados judiciales en medio de acusaciones mutuas de incumplimiento.

Que generalmente terminan ocasionándole al Estado inmensas pérdidas logradas mediante actos de corrupción, que en parte también obedece a la ausencia de control ciudadano.

22.- Un marco del mapa de riesgos es la falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.

Podría decirse que existe una relación inversamente proporcional entre La participación de los ciudadanos en los procesos de contratación pública y los controles que tiene la ley para combatir la corrupción. Curiosamente este Informe considera suficiente la participación ciudadana para el control en la contratación pública mediante ciertos pactos de integridad donde las empresas asumen un compromiso moral de no tener prácticas deshonestas en los concursos o licitaciones, sin prever que a futuro la participación ciudadana es un enorme potencial de combate a la corrupción.

2.3.- MARCO LEGAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el nivel de aplicabilidad de una norma viene dado por su ubicación dentro del nivel jerárquico normativo

en el que se halla ubicada tal normatividad. En este sentido, el art. 423 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra y que los actos de poder público y las otras normas que de ellos se emanen deben guardar conformidad con la norma suprema caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

El Art. 425 de la CRE define qué orden jerárquico de la aplicación de las normas en el siguiente orden: Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y resoluciones, y los demás actos y resoluciones de los poderes públicos. En caso de duda se aplicará la norma jerárquica superior.

Este esquema se rompe cuando con los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos que tienen una jerarquía superior a la Constitución, tal como lo establece Art. 426 de la misma. Como lo analizaremos posteriormente cuando abordemos el tema de los principios que informan a la contratación pública, el Art. 288 de la CRE establece que las compras públicas cumplirán con los criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, y se priorizará la producción nacional especialmente la que provenga de la economía popular y solidaria y de las micro y medianas empresas productivas, como una herramienta de desarrollo y política económica a nivel macro.

Dentro de este contexto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, fue expedida y publicada en el suplemento del Registro Oficial N. 395 del 4 de agosto del 2008, actualmente reformada a través de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.48 del 16 de octubre del 2009, reformada por la Ley Orgánica de empresas Públicas publicada en el Registro Oficial N. 48 suplemento del 16 de octubre del 2009.

La LOSNCP sienta las bases firmes sobre la cual se edifica y se desarrolla el Sistema Nacional de Contratación Pública, igualmente al que denominaremos a futuro por sus siglas SNCP tomando en cuenta las últimas reformas publicadas en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 100 del lunes 14 de octubre de 2013 que incluye en la DisposiciónTransitoria Cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP que dispone que el SERCOP a

actualice y codifique las resoluciones expedidas

Existen múltiples reformas al Reglamento de Contratación Pública a través de las cuales de cierta forma se ha modificado la Ley pero que sin embargo se alinea dentro de la potestad reglamentaria del Poder ejecutivo. Las reformas expedidas son las siguientes: Decreto ejecutivo 1700, publicado en el RO-S del 12 de mayo del 2009; Decreto ejecutivo 1869, publicado en el RO-S 648 del 4 de agosto del 2009; Decreto ejecutivo 94, publicado en el RO-S 51 del 21 de octubre del 2009; Decreto ejecutivo 143, publicado en el RO-S del 71 de 20 de noviembre del 2009; Decreto ejecutivo 401, publicado en el RO-S 230 del 7 de julio del 2010; Decreto ejecutivo 791, publicado en el RO-S 469 del 12 de 14 de junio 2011; Decreto ejecutivo 641, publicado en el RO 512 del 12 del 15 de agosto del 2013; Decreto ejecutivo 153, publicado en el RO 3S 134 del 20 de noviembre del 2013; Decreto ejecutivo 153, publicado en el RO-2S del 19 de diciembre del 2013, la del 2015[117].

La LOSNCP en el Título II delinea la definición, conformación y estructura orgánica y funcional del SNCP como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planteamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes.

2.2.1.- Sistema Nacional de contratación Pública.

El Sistema Nacional de Contratación Pública está constituido por el conjunto de principios y reglas que regulan los procesos de contratación pública para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría que realicen las siguientes empresas:

117. Dice el decreto ejecutivo: "Al ser la Contratación Pública una materia dinámica que siempre está evolucionando y en constante transformación; y, en razón que el SERCOP con fecha 31 de agosto de 2016, emitió la Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, mediante la cual expidió la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, es necesario que los servidores públicos encargados de los diversos procesos de contratación y proveedores del Estado, conozcan y/o actualicen sus conocimientos acerca de las nuevas regulaciones emitidas por el órgano rector de la contratación pública, razón por la cual se invita a participar del curso de capacitación y actualización de Compras Públicas".

1.- Los organismos y dependencias de las funciones del estado.

2.- Los organismos electorales.

3.- Los organismos de control y regulación.

4.- Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

5.- Los organismos y entidades creadas por la constitución y la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6.- Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7.- Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos:

a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por

ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.

2.3.1.- La excepcionalidad en la Contratación Pública.

Deberíamos preguntarnos si este marco legal antes descrito abarca a toda la contratación de obras, bienes y servicios del sector público; o en su defecto permite la existencia de excepciones o agujeros negros en donde la regulación no se encuentre preestablecida de manera general y obligatoria para todos los contratos, contratistas u oferentes.

No obstante, al regir una legislación cobijada constitucionalmente y legalmente por el principio de igualdad y transparencia existen excepciones las que, como establece el Art. 2 de la LOSNCP, muchas contrataciones se realizan bajo el denominado Régimen Especial.

Entes de la vigencia de la actual LOSNCP el sector público se regía por un conjunto de leyes y reglamentos que operaban como islas según sea la importancia de la institución pública que era normativizada. Las adjudicaciones se las hacía anárquicamente y de acuerdo a las características que mencionamos en páginas anteriores. Con expedición de la presente ley en teoría se impone un sistema de contratación pública administrativamente más centralizado en la etapa precontractual.

La actual LOSNCP tiene un campo de aplicación es más extenso ya que controla la comparecencia de todas las instituciones pertenecientes al sector público, en los términos establecidos en el Art. 2 del SNCP, abarca no solo a todas las instituciones que conforman el sector público en general, sino a las personas jurídicas de derecho privado, con o sin fines de lucro, que sean de propiedad del Estado o sus instituciones en el 50% o más de participación estatal , o que realicen contrataciones financiadas con recursos públicos.

El SNCP abarca todas las adquisiciones de bienes, contratación de servi-

cios, incluidos los de consultoría, o de ejecución de obra que realicen las entidades contratantes. Con la vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 34, se integró al SNCP las actividades económicas más importantes que hasta esa fecha estaban fuera del sistema, como es el caso las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, comercialización, de los recursos hidrocarburíferos, y las de carácter estratégico para la defensa nacional, sectores en los que si bien es cierto son estratégicos no dejan de despertar ciertas dudas por la forma cómo se realizan estos procesos contractuales.

La excepcionalidad del régimen especial del Art.2 de la LOSNCP se reserva al Presidente de la República para que cuando requiera hacer contrataciones en ciertos campos especificados en este artículo, dicte un reglamento (teóricamente ausente de discrecionalidad) apegado al criterio de selectividad. Los campos bajo reserva de contratación del Ejecutivo, es decir, sin que sean los preceptos normativos de la LOSNCP los que los regulen, son los siguientes: adquisición de fármacos, seguridad interna y externa, comunicación social, asesoría jurídica, obra artística o literaria, adquisición de repuestos y accesorios, correo internacional, contratos entre empresas públicas, entre instituciones del sistema financiero del Estado.

El Art. 2describe taxativamente las áreas en las que la LOSNCP no tiene un protagonismo central en comparación con el Reglamento dictado por el Presidente de la República:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;

2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;

3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;

4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Enti-

dades Contratantes;

5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;

6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal institucional;

7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública. (Numeral 8 final, reformado por numeral 1 del artículo 2 de la LOSNCP publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 100 de 14 de Octubre del 2013).

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios;

y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.

Huelga decir que según el SERCOP estos sistemas de contratación no son excepción ya que después de ser convocados y adjudicados directamente se los publica en forma resumida en el portal del SNCOP aunque éste no intervenga en ningún acto de control de legalidad como lo hace en los demás procedimientos ordinarios.

2.4.- EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -SNCP-

De acuerdo con lo dispuesto por al Art.6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Sistema Nacional de Contratación Pública es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

El artículo 8 menciona que los órganos competentes del sistema son el Servicio Nacional de Contratación Pública, que en siglas nos referiremos como SERCOP, junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.

Entre los objetivos del sistema constan:

1.- Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;

2.- Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de

las normas contractuales;

3.- Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;

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

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

6.- Agilitar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;

7.- Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;

8.- Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;

9.- Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;

10.- Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,

11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

En relación con las atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, para garantizar la efectividad del sistema se crea el Servicio Nacional de Contratación Pública como organismo de derecho público, técnico, regulatorio con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será la ciudad de Quito. El Servicio Nacional de contratación Pública ejercerá la rectoría del SNCP. conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;

2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;

3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;

4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;

5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;

7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;

8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contrata-

ción pública;

13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;

16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;

17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;

18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables.

(Los Incisos primero y segundo y numerales 15, 16 y 17 sustituidos por los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2 de la LOSNCP; y, numeral 18 agregado por el numeral 4 del artículo 2 ibídem, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 100 de 14 de Octubre del 2013).

¿Cuáles son las Características y complementariedad en las funciones del SERCOP?

El Art. 14 de la LOSNCP establece un alcance del Control del SNCP y estipula que el control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

El Servicio Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de:

1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;

2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública;

3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;

4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;

5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,

6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley.

Para ejercer el control del Sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.

Las atribuciones de los Organismos de Control según el Art. 15 de la Ley se limitan a realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Manteniendo la obligación del Servicio Nacional de Contratación Pública de informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley.[118]

2.4.1.- Herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública

Son los instrumentos a través de los cuales el sistema de contratación puede verificar la consecución y el cumplimiento de los principios que inspiran las compras públicas, en términos generales y constitucionales, como es el caso del Registro Único de Proveedores (RUP), del Sistema Informático de Compras Públicas (Portal de COMPRASPUBLICAS), del Plan Anual de Contratación (PAC) y otros elementos coadyuvantes que los iremos describiendo en el transcurso de esta obra. Analicemos brevemente cada uno de ellos.

El Control del SNCP al ser intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello (CGE, PGE, SERCOP) incluirá en control en la fase precontractual, contractual o de ejecución y la de evaluación del mismo. En este punto es importante puntualizar que el SERCOP ejerce control completo en la fase Preparatoria que quizá es la más importante porque puede ser la génesis de un proceso viciado en lo posterior.

2.4.1.1.- Las funciones de control del SERCOP.

El Servicio o Nacional de Contratación Pública, SERCOP, como órgano de derecho público presidida por su Director que es elegido directamente por el Presidente de la República, es el órgano rector en esta materia y configura el sistema del funcionamiento tanto de las herramientas como de los procedimientos de contratación. Además establece y afina normas reguladoras de la fase contractual y también prevé ciertos procedimientos para reclamos administrativos en esta etapa.

118. 1.578 informes con indicios de responsabilidad penal están en la fiscalía Redacción Justicia De los 1.578 informes con indicios de responsabilidad penal que la Contraloría General del Estado remitió a la Fiscalía, 619 casos fueron judicializados, de los cuales 208 llegaron a sentencia. Esta noticia ha sido publicada originalmente por Diario EL TELÉGRAFO bajo la siguiente dirección: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/619-casos-de-contraloria-fueron-judicializados

Si va a hacer uso de la misma, por favor, cite nuestra fuente y coloque un enlace hacia la nota original. www.eltelegrafo.com.ec ultima consulta 03 septiembre del 2016 a las 9h23

En 2013 "...Así, 180 sentencias alcanzó la Fiscalía General del Estado (FGE) como resultado de procesos investigados a partir de informes con indicios de responsabilidad penal emitidos por la Contraloría. Esto representa el 14% de las 1293 denuncias presentadas por la instancia de control ante la Fiscalía durante el periodo 2007-2013, precisó Chiriboga Zambrano..." Ver en http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/2064-fiscal%C3%ADa-alcanz%C3%B3-180-sentencias-a-partir-de-informes-de-contralor%C3%ADa.html ultima consulta 03 septiembre del 2016 a las 8h30

Igual y quizá más importante que la misma Ley es la normativa constante en el Reglamento a la LOSNCP que hasta la presente no deja de levantar cuestionamientos por cierta capacidad para reformar y hasta derogar disposiciones constantes en LOSNCP.

Este reglamento, RGLOSNCP fue expedido mediante Decreto Ejecutivo N.1248, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.399 del 8 de agosto del 2008, el que a su vez fue sustituido por otro texto igual de polémico expedido mediante Decreto Ejecutivo N.1700 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.588 del 12 de mayo del 2009. De allí ha tenido una serie de reformas que fueron la materia prima de la futura codificación expedida como reforma legal. Desarrolla y complementa lo dispuesto en la Ley en relación con lo que tiene que ver con los procedimientos de contratación y las herramientas que se utiliza dentro del contexto del SNCP. En forma posterior el Decreto Ejecutivo N. 1700 has sido reformado en varias ocasiones lo que ha llevado a cuestionar si tiene el Directorio del SNCOP facultades normativas con alcances para reformar la ley.

La respuesta es afirmativa porque de acuerdo a lo que estipula la Disposición General Cuarta del Reglamento a la LOSNCP las normas complementarias al Reglamento pueden ser expedidas por el Director Ejecutivo del SERCOP mediante Resoluciones, sin contar que la propia LOSNCP, en su Art.10 número 9) confiere al SERCOP, antes INCOP, la atribución para dictar normas administrativas, manuales e instructivos de los procedimientos de contratación pública. Es más, hasta la actualidad el SERCOP, antes INCOP, ha expedido decenas de resoluciones que han venido a complementar la estructura normativa de la contratación, la misma que incluso fue determinante en los primeros momentos de transición entre el antiguo régimen de contratación y el nuevo. Algo que en la actualidad está superado y que el SERCOP debe entenderlo para dejar de justificar la existencia del procedimiento de adjudicaciones "Por Publicación" que tenía sentido únicamente en este periodo.

Es un hecho cierto que el SERCOP está llamado a realizar el control total sobre el proceso de contratación pública en el Ecuador, lastimosamente su estructura orgánico-funcional no se lo permite. Siendo optimistas de acuerdo con la LOSNCP el SERCOP, antes INCOP, apenas cuenta con facultades normativas a través de las cuales mediante Resoluciones tiende a complementar los vacíos y las falencias que tiene el Reglamento y la LOSNCP que

como todo cuerpo legal está sujeto a un proceso de perfeccionamiento constante. De allí que hasta la actualidad se hayan expedido más de un centenar de Resoluciones complementarias y hasta una codificación de factura reciente. La facultad de control, con poder de sanción administrativa, civil o penal, el SERCOP no lo posee. Ni siquiera tiene iniciativa legislativa para proponer reformas a la LOSNCP pese a ser el más importante y competente órgano de consulta en esta materia.

El efecto legal de estas atribuciones hace que la responsabilidad se traslade a los otros intervinientes de la relación contractual. En consecuencia, el Art. 99 de la LOSNP prescribe que la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o los servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de la LOSNCP, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Frente a esta situación el Art. 15 ordena que los órganos de control del Estado, como son la Procuraduría y Contraloría, realicen controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades contratantes. No existe control previo sino posterior a la contratación. El INCOP solo puede informar sobre el control en las acciones y procedimientos durante todo el proceso, desde la fase preparatoria hasta la fase de liquidación del contrato, a Estas entidades quienes deberán establecer sus mecanismos de intervención que le otorga la ley. Hasta aquí le corresponde el papel del SERCOP.

Sin embargo de ello sabemos que el SERCOP en cumplimiento del Art.10 número 14) de la LOSNCP y por el celo institucional desarrollado, ha impulsado mecanismos dudosos de veedurías ciudadanas[119] como respuesta no al trabajo de la CGE ni de la PGE sino a las quejas y observaciones presentadas por los mismos actores de la contratación pública cuando han sido testigos de visos de irregularidades o aplicaciones autoritarias de la ley y hasta se ha suspendido procesos de contratación hasta que el SERCOP reciba respuestas satisfactorias a sus requerimientos. Estas decisiones entiendo se comunican a los órganos de control estatal.

119. Resolución INCOP 029- esta Resolución limitaba la participación ciudadana incluso en contra de la Ley de Participación Ciudadana.

Otro nivel de control es la intervención directa en la elaboración de reglamentos específicos, como el Reglamento de la Subasta Inversa Corporativa que es un procedimiento novedoso porque no constaba en la LOSNCP, pero al ser área de las contrataciones y procedimientos especiales donde el Ejecutivo puede proceder a la elaboración de un reglamento, se justifica, y porque además estas contrataciones de fármacos en especial ha sido el escenario de grandes defraudaciones hasta hace poco tiempo[120].

En homenaje al prestigio y seriedad que merecidamente se ha ganado el SERCOP, creemos que ha futuro debería pensarse en un mecanismo de control en donde el SERCOP tenga un papel protagónico en defensa de los recursos públicos que se juegan todos los días en el País[121].

2.4.1.2.- Registro Único de Proveedores

La legislación sobre contratación pública en el Ecuador exige que para ser proveedor requiere estar inscrito en el Registro Único de Proveedores y no estar sancionado e impedido para contratar con el Estado. Las Entidades Públicas tienen la obligación de verificar la vigencia y validez de las constancias de inscripción electrónicas que se encuentren registradas en el portal de compras públicas.

En ningún caso las bases de los procesos de selección podrán requerir a los postores la documentación que éstos hubiesen tenido que presentar para su inscripción ante el RUP. El INCOP administrará el Registro Único de Pro-

120. Comisión Técnica conformada por delegados del INCOP, Ministerio de Salud, IIESS, ISSFA, ISSPOL para seleccionar proveedores de medicinas que constarán en el Repertorio de Medicamentos que es un catálogo electrónico especializado. Ver además otras informaciones en: Corrupción y Cinismo (Editorial En Marcha) de Juventud Revolucionaria del Ecuador, el miércoles, 22 de junio de 2011 a las 19:29. 52.-VISTAZO.COM.Afiliados al IESS se quejan que no hay medicinas. Fecha: 07/09/2009;

121. Unidad de Investigacion@elcomercio.com .CONTRATOS | VIERNES 04/02/2011. Los integrantes de la Veeduría, Pch, JQ, GP y VHH, acudieron a la Contraloría a las 09:00 y formalizaron la entrega de su investigación a Pólit " En este sentido, la Veeduría no ha podido establecer por qué razón este Instituto no verifica la información entregada por los proveedores. Además, por qué razón no tiene un control previo o, al menos, posterior de los procesos, constituyéndose simplemente en una página web y no en un Instituto con autoridad. El Director de este organismo fue invitado y se presentó ante la Veeduría, la copia de su comparecencia constituye parte de este informe." ... Por ejemplo, la Veeduría observa que en la mayor parte, (los procesos realizados por Petroecuador y Petroamazonas no se incluyen dentro de este portal).

veedores y deberá mantenerlo actualizado en su página web, a efectos de que las Entidades y los proveedores puedan acceder a él con facilidad. Para el caso de los proveedores de bienes y servicios, ejecutores y consultores de obras se requiere que en la propuesta presenten copia simple del Certificado de Inscripción ante el RUP.

El artículo 9 del reglamento prescribe que las entidades contratantes se registrarán en el Portal www.compraspublicas.gov.ec para poder acceder al uso de las herramientas del sistema nacional de contratación pública. Para tal propósito ingresarán en el Portal la información requerida. Una vez que el INCOP haya constatado la validez de la autorización del representante de la entidad contratante, le entregará el permiso de accesibilidad para operar en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, bajo los mecanismos de accesibilidad controlada mediante la entrega de usuarios y contraseñas. La responsabilidad por el uso de las herramientas y contraseñas será solidaria entre la máxima autoridad y las personas autorizadas por ésta.

Además el Portal www.compraspublicas.gov.ec no aceptará más de un Registro por entidad contratante, hecho que será validado con el número de Registro Único de Contribuyentes. Sin perjuicio de lo indicado en el inciso anterior, la entidad contratante que cuente con establecimientos desconcentrados administrativa y financieramente, tales como: sucursales, regionales, agencias, unidades de negocios territorialmente delimitadas, entre otras, podrán inscribir a cada uno de dichos establecimientos como unidad de contratación individual, para lo que será condición indispensable que éstos posean un RUC independiente. En este caso, el responsable del establecimiento desconcentrado será considerado como máxima autoridad, para los efectos previstos en la Ley y el presente Reglamento General.

El sistema no descarta la posibilidad que la entidad contratante tenga la otra calidad de los que intervienen en la contratación público, esto es, la de ser también un proveedor de obras, bienes o servicios, para lo cual se registrará en el RUP, cumpliendo todos los requisitos previstos para las personas jurídicas. Igualmente puede un proveedor registrarse en más de una categoría correspondiente a la Clasificación Central de Productos.

Cuáles son las ventajas que tiene el proveedor con su registro en el RUP?. Tiene algunas ventajas, como por ejemplo:

1. El Registro Único de Proveedores brindará confianza al Estado, respecto de la existencia, trayectoria y características de los proveedores.

2. El Registro Único de Proveedores administrará una base de información sólida e incentivará el acceso de los proveedores en general al ámbito de las contrataciones estatales.

3. La operación de este Registro va a significar un mayor acceso para las Mypes al mercado de las compras públicas, pues para ellas resulta mucho más costoso la documentación repetitiva que se exige en todos los procesos de selección que realiza el Estado.

4. Una de las metas planteadas es que a través del Registro Único de Proveedores los organismos públicos puedan conocer los antecedentes de los proveedores en una fuente confiable y rápida.

5. Este Registro se define como un sistema de información cuya operación esta estrechamente vinculada con la plataforma del Sistema Electrónico COMPRAS PUBLICAS en el tema de transacciones electrónicas.

6. Se debe tomar en cuenta que se trata de un registro único de carácter administrativo a nivel nacional, el cual va a permitir que el proveedor participe en los procesos de selección en cualquier parte del país.

7. La existencia de un Registro Único de Proveedores contribuirá a la apertura del mercado, pues se debe tener información proporcionada sobre la distribución de los contratos entre los grupos de proveedores grandes y pequeños que contratan con el Estado lo cual podría quedar un desequilibrio económico, ya que es un pequeño porcentaje el que se adjudica la totalidad de procesos de contratación de bienes y servicios que demanda el Estado.

8. El proveedor es beneficiado con determinados servicios gratuitos que el INCOP brinda, como es el tener la oportunidad de negocios con el Estado, además de la información relacionada con el tema de contrataciones (reglamentos, directivas, comunicados, notas de prensa, entre otros).

El RUC constituye un único registro público de carácter administrativo

encargado de registrar a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que deseen contratar con las entidades del estado, así como incluir en el capítulo de Inhabilitados para contratar con el Estado a aquéllas que han sido sancionadas con inhabilitación temporal o definitiva por el INCOP.

En la Resolución del INCOP N. 0052 DEL 2011 que deroga a la Resolución INCOP N.046-2010 reglamenta con más amplitud varias operaciones que aseguran una información actual y veraz de la información que corresponda a un proveedor a fin de asegurar la transparencia en las transacciones y procedimientos de selección, entre las que se encuentran los requisitos de calificación como proveedor, las obligaciones de la obligatoriedad de la actualización de la información, la actualización de indicadores de tamaño del proveedor, los cambios de contraseña de los proveedores, el deber de verificación de habilitación en todas las fases contractuales por parte de las entidades contratantes, el compromiso de asociación o consorcio que regula la conformación del mismo, la participación nacional en el consorcio, evaluaciones de ofertas, requisitos del compromiso de asociación, requisitos del contrato de asociación, los requisitos para el registro de las entidades contratantes de derecho público y las de derecho privado a las que se refieren todos los artículos. Además contempla el registro de los contratistas incumplidos, la suspensión y rehabilitación del RUP, entre otros asuntos[122].

2.4.1.3.- Plan Anual de Contrataciones, PAC.

El PAC es un instrumento de gestión para la entidad y una fuente de información para los proveedores acerca de las necesidades de las entidades en materia de contratación. El artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema de Nacional de Contratación Pública, señala que cada entidad elaborará su Plan Anual de Contrataciones en el que detallará las licitaciones públicas futuros requerimientos que esa entidad pública planea realizar durante el próximo año fiscal, es decir, las de significación económica mediana y elevada.

El Art. 25 del Reglamento de la LOSNCP establece que salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergen-

122. 46 Ver Resolución del INCOP N.052-2011.

cia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado. Las de ínfima cuantía deberían ser opcionales porque una planificación de esta naturaleza no puede prever al detalle las vicisitudes que la entidad contratante va a requerir. El Plan sin embargo, no es rígido y puede ser modificado a lo largo del ejercicio anual ya sea por razones presupuestarias como por una reprogramación de las metas inicialmente previstas. Sin embargo, una regla clara en materia de contrataciones y adquisiciones es que no se puede realizar una compra o adquisición que no cuente con la correspondiente partida presupuestal autorizada y ésta adquisición se encuentre en el Plan Anual[123].

Lo que sí es un hecho cierto es que los PAC y su correspondiente publicidad o puesta en conocimiento, cumplen un doble rol. Por un lado, es un mecanismo que permite a las entidades públicas programar de manera anticipada las compras que son necesarias para cumplir con sus objetivos institucionales y evitar así la tradicional improvisación en esta materia en el sector público. Y de otro lado, su publicación es necesaria para que los potenciales proveedores u ofertantes puedan conocer también con anticipación las necesidades que tienen las diversas dependencias del Estado en cuanto a bienes, servicios, obras y suministros, de tal manera, que estos puedan ser satisfechos por el mercado[124].

La información mínima que el PAC debe contener, sin perjuicio de lo establecido en el Art.25 del Reglamento a la LOSNCP, es la siguiente:

a) Todos los requerimientos de obras, bienes y servicios que se realizarán en el año fiscal. Opcionalmente debería publicarse las de menor cuantía.

123. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. CONSULTANTE: EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADO DE PRODUCTORES AGRÍCOLAS "SAN PEDRO DE RIOBAMBA"CONSULTA: Si es procedente o no que la EMMPA realice una reforma legal en el Plan Anual de Contrataciones, ya que es necesidad de la empresa ejecutar trabajos que mejoren el servicio de los usuarios; al momento la empresa posee la disponibilidad económica para realizar los diferentes tipos de trabajos en beneficio institucional". PRONUNCIAMIENTO: De conformidad con el Art. 22 de la LOSNCP, en concordancia con el Art. 25 del Reglamento, la EMMPA puede realizar la reforma al Plan Anual de Contrataciones mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado deberá publicarse en el portal de compras públicas. La Procuraduría estima que el contenido, alcance, ejecución son de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante en consideración de que está próxima a finalizar el periodo 2009.Oficio PGE.11198:21-dic-2009. RO 143: 4 marzo del 21010).

124. 48 CASSINA RIOS, Emilio(2003). Contrataciones y Licitaciones Públicas. Estudio doctrinario y textos legales. 1a. ed.- Lima: Imprenta del Ejército.

b) El objeto de la contratación o adquisición.

c) Una síntesis de las especificaciones técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar.

d) El valor estimado de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar.

e) La fuente de financiamiento.

f) Los niveles de centralización y desconcentración de la facultad de adquirir y contratar.

g) Las fechas probables de las convocatorias de los procesos planificados.

Las entidades que no aprueben su plan no podrán realizar sus procesos de selección. Asimismo, la realización de procesos no incluidos o programados en el correspondiente Plan Anual carece de validez legal y serán puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República[125].

Los procesos que más demandan las entidades del sector público son los de Bienes que son la mayoría del universo de objetos por procesos que el Estado requiere para su funcionamiento, siguiéndole los procesos de construcción de Obras y finalmente el de servicios en general. El PAC es una fuente de información para los proveedores acerca de las necesidades de las entidades en materia de contratación. En el Plan Anual de Contrataciones se incluyen obligatoriamente los procesos de contratación a ser realizados bajo las modalidades de Licitaciones, Concursos Públicos, Adjudicaciones Directas Públicas, etc.

La Resolución RE-SERCOP N.0015 del 2 de octubre del 2014 crea la ayuda informática llamada USHAY que es un módulo facilitador de la contratación pública que permite la elaboración del plan anula de contratación PAC, condición de ayuda de los pliegos, ofertas, calificación de ofertas.

125. Según el Informe de Autoevaluación del INCOP – 2011 no se generaliza todavía la práctica de preparar los planes operativos anuales en una buena cantidad de instituciones públicas en función del Plan Nacional de Desarrollo, de los Planes Plurianuales y especialmente en la elaboración de los planea anuales de contratación en relación también con el presupuesto institucional.

126. En la práctica no se limita a licitación ni a concurso público. Puede usarse también en subasta inversa y en cualquier procedimiento.

2.4.1.4.- La Comisión Técnica

Para la realización de concursos públicos y contratación por varios procedimientos la LOSNCP, en el Art.42 establece la conformación de una Comisión Técnica. Lastimosamente en esta disposición los casos en los cuales se crea este organismo se restringen a dos mecanismos, concursos públicos y contratación por lista corta, cuando en el Reglamento se contempla con mayor amplitud los casos en los cuales es obligatoria su conformación[126].

Efectivamente, el Art. 18 del Reglamento a la LOSNCP establece que para cada proceso de contratación de los siguientes estamentos::

1. Consultoría por lista corta o por concurso público;
2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado;
3. Licitación; y,
4. Cotización.

Se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

- Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
- El titular del área requirente o su delegado; y,
- Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante. Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que pueda contar con la participación de asesoría externa especializada.

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados. La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno. La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa. Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso. En los procesos de subasta inversa cuyo presupuesto referencial sea igual o inferior al valor que resulte demultiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, no se requiera la conformación de la Comisión Técnica referida en este artículo.

De considerar necesario, el Art.18 del mismo Reglamento a la LOSNCP brinda la posibilidad de que la Comisión Técnica puede integrar subcomisiones de análisis de las ofertas técnicas presentadas o de apoyo. Los informes de la subcomisión, que incluirán las recomendaciones que se consideren necesarias, serán utilizados por la Comisión Técnica como ayudas en el proceso de calificación y selección y por ningún concepto serán asumidos como decisorios. La Comisión Técnica obligatoriamente deberá analizar dichos informes y avalar o rectificar la totalidad de los mismos asumiendo de esta manera la responsabilidad por los resultados de esta etapa de calificación; sin perjuicio de las responsabilidades que asuman los miembros de las subcomisiones sobre el trabajo realizado.

2.4.1.5.- Portal de Compras Públicas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, encarga al INCOP función principal de desarrollar y administrar el Sistema Oficial del Contratación Pública del Ecuador así como de establecer las políticas y condiciones de información, así como la de administrar las herramientas electrónicas del Sistema. Según el INCOP 50 y su política de información y trans-

parencia, este organismo cumple las siguientes prerrogativas en relación con la administración del portal www.compraspublicas.gob.ec.:

1.- Mantiene y permite la consulta libre y gratuita de la información contenida en este sitio Web.

2.- Permite al usuario transferir, copiar e imprimir información del sitio sin fines comerciales, siempre que: se mencione al INCOP como fuente del material, se señale la fecha en la que se ha tomado la referencia, y que no se manipulen ni alteren los contenidos.

3.- Este sitio no exige ningún requisito previo como: cumplir con encuestas, formularios, promociones o proporcionar información de identificación, para acceder a la información de contratación pública, así como el estado y desarrollo de los procesos precontractuales de las Entidades que están dentro del ámbito de la LOSNCP.

4.- El acceso y el uso que pueda hacerse de la información publicada en el mismo, son responsabilidad exclusiva del visitante. Excepto con todas aquellas actuaciones que resulten de la aplicación de las disposiciones legales a las que deba someterse.

5.- Salvo los textos oficiales, los materiales publicados en este sitio, incluidas las opiniones expresadas, testimonios, notas periodísticas, etc., son de responsabilidad personal de sus autores y no del INCOP.

6.- El INCOP no se responsabiliza de la exactitud de la información que contiene. En caso de discrepancia entre la información de este sitio y los documentos oficiales impresos en el Registro Oficial del Ecuador, prevalecerán estos últimos.

8.- El INCOP no se responsabiliza de ningún daño o perjuicio sufrido por el visitante, que se derive de la no disponibilidad de acceso a este servicio.

7.- El visitante podrá comunicarse con el INCOP a través del sitio Web www.compraspublicas.gov.ec y sus páginas relacionadas; cualquier información introducida por el visitante en dicho sitio Web podrá ser recopilada como Información de identificación relacionada al ámbito de contratación pública.

8.- El sitio Web potencialmente genera "cookies" temporales que se almacenan en el computador del visitante, para asignar al mismo un identificador de sesión que será eliminado automáticamente del computador, una vez que el visitante sale del sitio Web o cierra la sesión en uso.

9.- El SERCOP podrá utilizar los datos de contacto ingresados por los visitantes, para informarles respecto de las inquietudes, trámites o solicitudes presentadas, utilizando como medio de comunicación el correo electrónico.

10.- La participación en los procesos precontractuales está reservada a las Entidades Contratantes y Proveedores registrados y habilitados en el Registro Único de Proveedores "RUP", los que podrán ingresar al Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP- utilizando las claves de identificación que les fueran asignadas en el proceso de la obtención del RUP. Su participación está regida de acuerdo a las normas de la LOSNCP, su reglamento general, las resoluciones expedidas por el INCOP y los acuerdos de uso suscritos.

11.- Toda información ingresada en el sitio Web por los usuarios, será considerada por el SERCOP como información relevante y vinculante en el ámbito de la contratación pública, siempre que exista una identificación y autenticación previa. Esta información se almacena en bases de datos pertenecientes al INCOP, las mismas que se encuentran protegidas del acceso por parte de terceros.

12.- La información de identificación y contacto de los usuarios del Sistema Nacional de Contratación Pública será confidencial y podrá ser revelada únicamente en los casos en que sea necesario cumplir disposiciones legales o judiciales.

13.- El manejo de la clave así como la administración de esta será responsabilidad absoluta del usuario del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en caso de pérdida, es obligación del usuario notificar al INCOP sobre el particular, para realizar el proceso de entrega de una nueva clave.

14.- La transmisión de la información, desde y hacia el sitio Web, se realiza por canales seguros que protegen la información en tránsito enviada por el visitante; sin embargo, el SERCOP no recomienda a los usuarios del SNCP la utilización de computadores de uso compartido que usualmente están

a disposición en salas de cómputo, cibercafés, computadores de acceso público, etc., debido a la potencial existencia de programas que sustraigan de manera ilegal la información ingresada por el visitante.

15.- En el Sitio se han incluido enlaces a páginas o sitios web de terceros ("links") que se han considerado de interés para los usuarios. No obstante, el INCOP no asume responsabilidad derivada del acceso y de los contenidos de enlaces de terceros a los que se hace referencia.

16.- El SERCOP se reserva el derecho de cambiar o modificar en cualquier momento, y sin notificación previa, la presente política de uso. La utilización por parte del usuario o el acceso al sitio Web, www.compraspublicas.gov.ec, implicará la aceptación tácita de dichas modificaciones o de las nuevas condiciones.

20.- Los derechos de propiedad intelectual de esta página de Internet, su diseño gráfico, códigos, logotipos y signos distintivos que contiene el presente sitio Web son de titularidad del SERCOP; por lo tanto, se prohíbe la reproducción, distribución, comercialización o transformación no autorizadas de estas, ya que constituye una infracción de los derechos de propiedad intelectual del INCOP de conformidad con las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual[127].

21.- La derogada Resolución SERCOP N.053-2011 determinaba los documentos relevantes en las fases pre-contractual y contractual comunes a los procesos de contratación pública que se publicarán obligatoriamente en el portal de compras públicas[128].

127.Existe un MODELO DE ACUERDO DE RESPONSABILIDAD DEL USO DEL PORTAL ww.compraspublicas.gov.ec que deben firmar todos los usuarios en relación con la propiedad intelectual respecto de los servicios, contenidos, logotipos, signos distintivos y dominios del portal, así como los derechos de uso y explotación de los mismos, incluyendo su divulgación, publicación, reproducción, distribución y transformación, son propiedad exclusiva del Instituto Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

128. 53 Dromi N (1997). Formas Jurídicas Administrativas..Buenos Aires. Argentina. Pag.469.

2.5.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.5.1.- Denominación y definición.

La administración pública no siempre actúa en sentido unilateral, o sea, mediante actos administrativos, sino que frecuentemente llega también a un acuerdo con los particulares u otros entes públicos, por lo que celebra actos bilaterales o plurilaterales de diferente naturaleza. De acuerdo con Dromi 53 el contrato administrativo es una forma jurídica por la que la administración pública se hace objetivas, se exterioriza, se hace visible. Estos contratos tienen varias denominaciones como son contratos del Estado, acuerdos administrativos, contratos en función administrativa y contratos públicos. No ha existido un acuerdo en su nombre pero en el Ecuador se los conoce con el nombre de contratos administrativo o público.

El contrato administrativo es un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en el ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente estatal. El Art. 60 de la LOSNCP prescribe que los contratos a los que se refiere esta ley celebrados por las entidades contratantes son contratos administrativos, por lo tanto ése es el carácter asignado por la ley para este tipo de contratos.

Dromi (1997)[129] define al contrato público como un acuerdo del que emana relaciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes. Concepto que hace alusión a la existencia de cláusulas exorbitantes en perjuicio del contratista y en beneficio del Estado pero que en realidad no es así porque la parte más débil y generalmente desprotegida ha sido siempre el Estado, que negocia diariamente millones de contratos con oferentes que saben que esta aparente desigualdad está muy bien compensada en los altos precios que se negocian. Para el objeto de este trabajo es necesario puntualizar que el contrato, como acuerdo de voluntades que se celebra entre dos o más partes, es un concepto genérico que si se agregan ciertas condiciones se puede derivar en varias especies como es el contrato laboral, civil, comercial, administrativo, etc. Esta reflexión puede traernos luz sobre el concepto un tanto impreciso de las clausulas exorbitantes:

129. Dromi N (1997). Ob. Cit

"...Así las cosas, es viable decir, con el profesor Escobar Gil, que lo que comúnmente se llaman cláusulas excepcionales son en realidad verdaderas prerrogativas extracontractuales de la administración, que nacen de la ley y que son previas al contrato estatal o administrativo; y que permiten afirmar que dentro de nuestro ordenamiento, no existen cláusulas excepcionales o exorbitantes, sino potestades o prerrogativas de la Administración dentro de la actividad contractual, que le determinan una situación de privilegio frente al administrado parte en el contrato, el cual se justifica por los fines de interés general que se persiguen con la contratación estatal; argumentación que se puede reafirmar cuando el Consejo de Estado, se refiere a potestades excepcionales de la Administración previstas en el ordenamiento jurídico..."[130]

De la misma manera dentro del contrato administrativo podemos encontrar otras subespecies, dependiendo principalmente del objeto del mismo, como por ejemplo los contratos de concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, contratos de endeudamiento interno, contratos de endeudamiento externo, los de adquisición de bienes, servicios, ejecución de obras, prestación de servicios públicos, prestación de servicios profesionales, consultoría, arrendamientos, etc.

Como lo veremos más adelante, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública controla los procesos de contratación únicamente cuando éstos se refieren a adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido la consultoría. El resto se rige por otras leyes.

2.5.2.- Elementos Esenciales

Los elementos esenciales son atributos de los que un contrato público no puede dejar de prescindir. De su ausencia en él depende la validez subsanable o no del acuerdo de voluntades. Como uno de los sujetos participantes es la administración pública se puede subsumir a lo que se exige en relación con el acto administrativo en cuanto a los elementos de obligatoria concurrencia y

130. Guecha Medina Ciro Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Revista Opinión Jurídica. Vol.5 no.10 Medellín Jul/Dic. 2006 publicada en Cielo. Ver en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002 ultima consulta 30 de agosto del 2016 a las 23h43.

que son los siguientes: los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el fin y las formalidades y la forma.

2.5.2.1.- Los sujetos.

Como ya mencionamos algo típico de los contratos públicos es que una de las partes intervinientes obligatoriamente es la Administración pública representada por una autoridad estatal que actúa con competencias legal y previamente establecidas. En la contratación pública la parte estatal puede estar conformada por una o más entidades del sector público descritas en el Art. 1 de la LOSNCP. El Art. 6 numeral 16 prescribe que quien representa al sector público en la contratación es la máxima autoridad contratante quien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad contratante. Para los gobiernos autónomos descentralizados la máxima autoridad contratante será el ejecutivo de cada uno de ellos.

En la última reforma a la LOSNCP el Art.6 de la misma ley introduce la figura de la delegación que las máximas autoridades de las entidades contratantes pueden realizar para los efectos de la misma de las facultades y atribuciones previstas en la ley a través de cualquier medio de decisión como son las resoluciones, decretos, acuerdos, memorandos, etc., conservando la responsabilidad originaria en la que incurriere el delegado.

En relación con la otra parte igualmente quien participa en este tipo de contratación es el contratista(u oferente) que es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría. Su competencia y capacidad interna y personal para concurrir a este proceso se rige por el derecho privado; pero en relación con su idoneidad para participar como contratista con el Estado el sistema nacional de contratación pública y el Código Civil les imponen una serie de requisitos, prohibiciones e incompatibilidades.

2.5.2.2.- Objeto.

En todo contrato debe haber un objeto y éste no es sino el generar derechos y obligaciones para las partes intervinientes. Las obligaciones de dar, hacer o no hacer algo y ese algo es el objeto del contrato. Este debe ser cierto, posible, determinado y lícito, concordante a lo prescrito en la norma constitucional, legal, a los principios y a la doctrina.

Es físicamente posible cuando hay la certeza de que puede hacerse. Es moralmente posible cuando no es contrario a la ley, a las buenas costumbres y al orden público

Según Dromi[131] el objeto del contrato es la consecuencia que se persigue cuando se lo celebra y pueden tener por objeto una obra, un servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad la satisfacción de las necesidades de los administrados. Estos contratos tienen un objeto ilimitado, es decir, que las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de contratos privados pero sí pueden serlo en los contratos administrativos, por ejemplo en la concesión de servicios públicos. Puede variar el objeto durante la ejecución del mismo. Claro que debemos tener en cuenta que este es un concepto general que en la contratación pública ecuatoriana se los restringe.

2.5.2.3.- Causa

Constituye el porqué del contrato, es el motivo por el cual se celebra o se organiza el procedimiento contractual. Debe estar objetivizado en la motivación que tiene que realizar el funcionario público para justificar la celebración de un contrato. Si no lo hace puede incluso ser causa de nulidad por falta de motivación, tal como lo exige la norma constitucional. La causa debe ser lícita y para que tenga esta característica debe guardar conformidad con lo legal, lo moral, las buenas costumbres y el orden público.

Si falta alguna de estos elementos la causa es ilícita. La licitud debe ser respetada por ambas partes. En el caso de la contratación pública el Estado

131. Dromi N (1997). Ob.cit. pag.160)

debe contratar para cumplir con una de sus finalidades, como es, el bien común o el buen vivir de acuerdo a la norma constitucional; el particular contrata con fines de lucro o por cualquier otro motivo que guarde hilaridad con estos cuatro elementos. Si el particular contrata para lavar dinero es una causa ilícita. Esta causa lícita debe estar determinada en el momento de la celebración del contrato; no puede ser superviniente.

2.5.2.4.- Fin

Es el para qué del contrato y puede estar expresamente determinado o simplemente cobijado por el principio del interés público en la satisfacción de una necesidad colectiva. Por ejemplo, los sobrecostos en materia contractual pública deben producir la anulación total del contrato tomando en cuenta que cuando se celebran sin duda alguna se está incurriendo en una desviación del poder público porque lo que se persigue no es la finalidad de satisfacer los intereses y necesidades de la gente sino que se está privilegiando el enriquecimiento injustificado del contratista como consecuencia del elevado sobreprecio del contrato. Podría aducirse causa ilícita porque su causa no es para satisfacción de las necesidades de la colectividad sino el detrimento de los dineros públicos.

2.5.2.5.- Formalidades y Forma

De acuerdo con nuestra legislación civil y administrativa, las formalidades son los requisitos necesarios para la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores.-

Las anteriores refieren al modo de selección del contratista mediante mecanismos especiales previstos en la LOSNCP. Las concomitantes son las que deben cumplirse en el momento de celebrarse el contrato. Las formalidades posteriores son las que deben cumplirse en la fase de ejecución del contrato. La forma es una formalidad más y es el modo como se documenta el contrato, que puede ser escrito y/o mediante escritura pública si es que la ley o el reglamento así lo exigen para su plena validez.

2.5.2.6.- Voluntad.

Es la manifestación de querer realizar o celebrar un contrato que tienen las partes, pero que ésta puede estar viciadas por error, dolo o violencia. El consentimiento, concomitante con ésta, es la declaración o exteriorización de la voluntad que debe ser común o en conjunción. Aquí se une la competencia del funcionario público y la capacidad de la personas particular para que en unidad de acto consentir en la celebración de un contrato público.

2.5.3.- Tipología de los contratos administrativos.

Es un hecho cierto el que la Administración Pública tiene la posibilidad y la potestad de celebrar todo tipo de contratos en razón de que éstos se constituyen en el único medio que tiene el Estado para poder cumplir con sus fines y con sus objetivos de gobierno. No olvidemos que por principio dentro de un Estado democrático de derechos la iniciativa privada ocupa un lugar importantísimo dentro de la provisión de bienes y servicios aspecto que el Estado aprovecha para establecer nexos contractuales. Los contratos más frecuentes que la Administración Pública celebra son los siguientes:

- Contratos de Adquisición de Bienes (Compra de todo tipo de bienes). Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Servicios, que incluye la contratación de servicios sin vínculo laboral de diversas clases, dentro de los cuales destacan las siguientes: asesoría, consultoría, supervisión, estudios, inspección, auditoría externa, gerencia y servicios generales. Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Obra pública. Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura. Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Arrendamiento de Bienes a favor del Estado Regulado por la LOSNCP..
- Contratos de Concesión de Servicios. Regulado por la Ley de Moderniza-

ción del Estado.

- Contratos de Endeudamiento del Estado, sea interno o externo. Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Venta, Arrendamiento, Cesión en Uso y otros actos sobre bienes de propiedad del Estado. Regulado por la LOSNCP.
- Contratos de Donación a favor del Estado. Regulado por las leyes comunes civiles.
- Contratos de Personal del Estado. Regulado por Ley Orgánica del Servicio Público.

Cada uno de los tipos de contratos mencionados, o determinadas agrupaciones de los mismos, está regulado por grupos específicos de leyes y reglamentos de la contratación pública y por leyes y reglamentos especiales propios de la administración pública que obligatoriamente deben ceñirse a lo prescrito en la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.294, Año I del 6 de octubre del 2010.

El SERCOP aboga por la unificación de las normas de contratación pero incorporando normas para atender situaciones especiales que se presentan en la realidad socio-económica del país, tal es el caso de áreas estratégicas o situaciones especiales o de emergencia. Muchas de las ampliaciones o desarrollos de estas particularidades en la contratación pública se encuentran reguladas en el Reglamento a la LOSNCP, en las resoluciones del SERCOP y en decretos ejecutivos y otras resoluciones de la administración pública.

2.6.- EL CONTRATO EN LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA.

Veamos lo que la LOSNCP define como contratación pública. En definición contenida en el Art.6 pone más énfasis en el objeto de la misma antes que los participantes y su voluntad de contratar. Así la ley determina que la contratación pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación servicios

incluidos los de consultoría. Aclara el sentido de que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. También se incluyen dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

De acuerdo al Art. 112 de la LOSNCP el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste. El contrato se regula por las normas de la ley, las disposiciones del reglamento y supletoriamente la normativa del Código Civil en lo que sea aplicable.

En nuestro sistema contractual público la ley diferencia tres amplios campos o áreas de la contratación pública previstos en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Cuando se refiere al objeto y al ámbito de la ley menciona que ésta regula los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que deben seguir todos los organismos descritos en esa norma y que nos hemos referido antes. Veamos:

2.6.1.- El contrato de obra pública.

Consiste en el encargo que hace el Estado u otra institución de Derecho Público a un particular llamado contratante, para que ejecute una obra material de utilidad general o de interés social, mediante un precio, quedando la obra en poder de la administración. En otras palabras, el contrato de obra pública es aquel que tiene por objeto la creación, construcción, reparación, rehabilitación, conservación, restauración, demolición de un bien inmueble celebrado entre un particular y la administración pública.

En la LOSNCP no existe una definición del contrato de ejecución de obra. Vidal Perdomo(1979)[132] nos trae una definición de la legislación colombiana:

132. Vidal Perdomo Jaime (1979). El contrato de obras públicas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 21

"*Los contratos de obras públicas son los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación, y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*"

El contrato de obra o de ejecución de obra es el encargo oneroso que hace el Estado u otra institución de derecho público o del sector público a un particular llamado contratista para que ejecute una obra material de utilidad general o de interés social o público, mediante un precio que debe ser pagado. Las características principales de este contrato son:

-Es un contrato bilateral y oneroso ya que ambas partes se imponen obligaciones recíprocas y equivalentes: el contratista la de realizar la obra y el Estado la de cancelarle en base a liquidaciones parciales o totales.

-Es un contrato conmutativo porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente a otra.

-Es un contrato de colaboración o *intuito personae* porque se adjudica en razón de la persona.

-Es un contrato tracto sucesivo o de ejecución porque se sucede con varios actos de tiempo, se puede firmar un nuevo contrato o se puede acordar la entrega de las obras por unidades de obra hasta la entrega total sin afectar su integridad ni su unidad.

-El contratista asume ella responsabilidad total del personal, de las adquisiciones y de los insumos que utilice para la realización de la obra. El Estado no es codeudor, ni se obliga solidariamente ni es patrono de los trabajadores que el contratista haya necesitado.

-El Estado se reserva el derecho de inspección y vigilancia sea en forma directa o a través de fiscalizadores previamente contratados y previamente seleccionados. El contrato de obra puede alterarse y modificarse de acuerdo a las necesidades frente a una situación imprevista o a una nueva necesidad. El contratista tendrá derecho a los reajustes respectivos .Se puede receptar las obras en forma provisional primeramente y en forma definitiva posteriormente. Se cancela mediante pagos parciales a la presentación de las planillas semanales o mensuales verificadas por el fiscalizador.

2.6.2.- El contrato de Consultoría:

Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del Artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación (Arts. 6 numeral 8avo y Arts. 37,38, 39, 40, 41y 42 de la LOSNCP). Estas personas naturales o jurídicas prestan sus servicios en función de su conocimiento y especialización en determinadas áreas para el mejoramiento de las prácticas de gestión gubernamental.

Respecto a la pregunta de si son de carácter permanente estos contratos, la respuesta es contundentemente negativa ya que la ley prevé un tiempo de duración para el cumplimiento del mismo y en ningún caso pueden generar vínculos que generen relaciones laborales. Lastimosamente el uso indiscriminado e irregular de este tipo de contrataciones ha servido para que funcionarios públicos, entre ellos las máximas autoridades contratantes, tenga "nóminas paralelas" de trabajadores disfrazados con contratos de servicios profesionales pretendiendo de esta manera burlar sus obligaciones patronales con el IESS, beneficios de ley y estabilidad laboral a que tendrían derecho si estuvieran en una situación de relación de dependencia. De otro lado, también se utiliza los contratos de servicios profesionales directos para eludir procesos de contratación por consultoría y evitarse sospechosamente el procedimiento de selección previsto por la ley.

2.6.3.- El contrato de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.-

El Art. 108 del Reglamento a la LOSNCP establece que para el arrendamiento de bienes muebles que requiera la entidad contratante se observarán las normas contenidas en el Código Civil, Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto deter-

mine, mediante resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el SERCOP. El oferente no necesariamente deberá estar inscrito en el RUP.

El SERCOP en la Resolución 0041 -2010 derogada por la Resolución 72 del 2016 expidió la normativa sobre este tema y en el Art. 1, sobre la naturaleza del arrendamiento de muebles, determinaba que será considerado como un servicio normalizado, y en esta medida, toda entidad contratante está obligada a utilizar el procedimiento de subasta inversa electrónica. En los respectivos pliegos debe estar especificado el bien a arrendarse con las características técnicas, duración del servicio, etc. Si la entidad contratante no utilizare la subasta inversa electrónica por razones que las fundamentará ante el SERCOP entonces deberá aplicar el procedimiento para bienes no normalizados.

La Resolución del SERCOP N. 013-09 del 6 de marzo del 2009 derogada por Resolución 72 del 2016 establecía el procedimiento a seguir cuando las entidades contratantes son las arrendadoras de un inmueble. Dispone que las características del bien sean publicitadas a través del portal y de las ofertas presentadas la máxima autoridad de la entidad contratante adjudicará a la mejor oferta, es decir, al mejor precio y al menos que ofrezca dos años como mínimo en cuanto al término de duración del contrato. El arrendamiento de bienes inmuebles de uso especial como casetas, mercados, camales, cabinas, etc. En la actualidad los bienes inmuebles del Estado que quieran arrendarse, venderse, enajenarse, transferirse, dar en comodato, etc., se lo hará a través de la empresa pública INMOBILIAR[133].

133. Fue creada para optimizar la gestión de los órganos de la Administración Pública Central e Institucional sobre los inmuebles que conforman su patrimonio, mediante Decreto Ejecutivo No. 1479, publicado en el Registro Oficial No. 495 de 24 de diciembre del 2008 se creó la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, como una entidad de derecho público, de ámbito nacional, patrimonio y presupuesto propio e independencia técnica, administrativa y financiera, adscrita a la Presidencia de la República, cuya función principal es ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, de manera desconcentrada a nivel nacional. El Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo N. 435 del 26 de julio del 2010 ordena que todos los bienes inmuebles pertenecientes al Estado a título gratuito a la Unidad de Gestión Inmobiliaria del sector público, INMOBILIAR. Mediante Decretos ejecutivos N. 798, 1031, 1301, 1342, 50,52, 69 y 506 el Ejecutivo reestructuro a esta empresa dotándole de mayor capacidad de disposición de los bienes inmuebles públicos.

2.6.4.- Contrato de adquisición de bienes

Es el contrato por medio del cual las entidades públicas adquieren la propiedad de bienes para satisfacer alguna necesidad. Los bienes objeto de estos contratos son de cualquier índole incluyendo las materias primas, maquinarias, herramientas, suministros de oficina, equipos, productos y otros objetos en estado sólido, liquido o gaseoso, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes.

2.6.5.- Contrato de servicios.

Pese a que en la LOSNCP no se encuentra definido este contrato creemos que es necesario rescatar algunas de las características que se pueden encontrar en la misma ley y su reglamento. Así:

a.- Puede ser celebrado por cualquier entidad oficial que tenga capacidad de contratación y que lo requiera, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad

b.- Se puede celebrar con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y se necesiten conocimientos especializados y no puedan realizarse con personal de planta. Y aunque la ley no lo dice, habrá de entenderse que pueden ser personas naturales nacionales o extranjeras.

c. Este contrato tiene por objeto, desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades, negocios y funciones, no puedan cumplirse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Por lo tanto si se dispone de personal capacitado y suficiente dentro de la planta de la entidad, no está permitido celebrar esta clase de contrato, lo que es obvio, pues este contrato se utiliza, cuando la entidad no dispone de personal, y no quiere o no puede vincularlo a su planta de personal.

En relación con las partes que intervienen partes, el contratista es la per-

sona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes o entidades del sector público para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.

Las entidades contratantes son las personas jurídicas o no, pertenecientes a la administración pública que están facultadas para celebrar contratos de obras, bienes o servicios, según el Art. 6 de la LOSNCP.

2.7.- PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Más allá de un estricto sentido jurídico es evidente la importancia que tiene la observancia de los principios que rigen la contratación estatal para la ejecución de los planes y proyectos de la función administrativa. Todos los procesos precontractuales, contractuales y de ejecución de los mismos se desenvuelven en función o dentro del marco que impone la existencia de los principios de la contratación pública. Estos representan los cimientos y las guías en los cuales debe apoyarse la administración pública y sus funcionarios para establecer relaciones contractuales que sirvan para cumplir con los grandes objetivos del Estado.

Los principios contractuales dan lugar, a un dinamismo, en relación con la función administrativa, regidos con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social en el artículo 288 de la Constitución, haciendo efectivos de esta manera el cumplimiento de los fines y propósitos de la administración.

Los principios de la contratación pública vienen a ser los límites que imponen la Constitución y la ley al pretendido libre albedrío que tenían los funcionarios públicos para contratar de la forma y el modo que ellos estimasen convenientes. De ser así únicamente los principios internos de honradez de cada funcionario serían el referente subjetivo para confiar en la buena o mala administración de los fondos públicos.

La LOSNCP está diseñada para someter a los funcionarios públicos y a los ofertantes al cumplimiento de los fines de la contratación estatal en homenaje a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, me-

diante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a los que manejan fondos públicos.

Existen una cantidad extensa de principios contenidos en la Constitución y las leyes todos ellos relacionados con las actividades de las diferentes instituciones administrativas públicas. Por ejemplo existen principios propios y específicos de la contratación pública, así como también los relacionados con la administración pública, con los funcionarios públicos, con los principios del derecho administrativo, con los de la contratación civil, y otros.

2.7.1.- Principios constantes en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

La LOSNCP crea el Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP el mismo que de acuerdo al Art.6 de la misma ley no es sino el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública y que están sujetas a esta ley. De este conjunto de varios aspectos únicamente nos referiremos a los principios que rigen las actividades contractuales del Estado en relación con la Constitución y la ley específica.

El Art. 288 de la Constitución anuncia que las compras públicas se regirán con criterios de *eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social.* Pero esta definición se refiere únicamente a las compras públicas, es decir, a lo que se puede "comprar" o "adquirir" y no sabemos si este término se puede aplicar a la contratación de servicios y a los arrendamientos. ¿Se puede comprar servicios o comprar arrendamientos?

Pero por otra parte podemos estar seguros de que estos principios se adecuan perfectamente no solo al proceso de compras por catálogo de servicios normalizados sino a todo el sistema nacional de compras públicas. Además, dice este artículo, se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular provenientes de la economía popular y solidaria y de las micro, peque-

ñas y medianas unidades productivas. Es decir, estos criterios o principios son los que se aplicarán de manera general a las compras públicas.

En el Art. 4 de la LOSNCP se enuncian los principios propios que regirán la contratación de obras, bienes y servicios que cubre un ámbito más específico que los principios anteriores, esto es el ámbito cubierto por la LOSNCP descrito en los Artículos 1 y 2. Dice el prenombrado Art.4 que en la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de *legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.* Consideramos pertinente analizar todos estos principios:

2.7.1.1.- Principio de legalidad

Es aquel mediante el cual el proceso de contratación pública debe ser llevado y organizado por la entidad contratante en base a las disposiciones legales establecidas en la Constitución y en la LOSNCP y no estar sujeto al capricho y a la conveniencia los funcionarios de las entidades públicas contratantes. Si bien es cierto que existe márgenes de discrecionalidad, éstos son reducidos y controlados legal y socialmente. Por ejemplo los Pliegos o documentos precontractuales tienen un mismo formato a nivel nacional diseñado por el SERCOP para evitar distorsiones y arbitrariedades.

Los contratos son redactados en función de lo establecido en los pliegos precontractuales y no se puede añadir ninguna cláusula que altere los términos del proceso de contratación. Este principio es un sostén del principio de seguridad jurídica constitucional mediante el cual los contratantes deben tener cierta certeza sobre las consecuencias jurídicas a futuro de los actos presentes.

En este sentido el Art.9 numeral 1ero de la LOSNCP considera que a más de garantizar la ejecución plena de los contratos debe garantizarse la aplicación efectiva de las normas contractuales como el lindero y delimitación de las obligaciones convencionales de las partes, ni más ni menos con lo que es la aplicación del principio de igualdad entre las partes.

2.7.1.2.- Principio del trato justo

Es aquel que se debe observar para procesar las posturas con el más alto criterio de calificación para garantizar la bondad del bien o del servicio. Está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas salvo ley en contrario. Si se respeta y se aplica los principios de igualdad, de legalidad y de transparencia en la contratación pública se está observando la aplicación del trato justo entre las partes intervinientes.

2.7.1.3.- Principio de igualdad.

Es la forma de recto proceder y sin designio o dedicatoria anticipada, tratando a todos los postores y ofertantes en igualdad de condiciones. El objeto de su observancia es evitar en lo posible la elaboración de pliegos para que puedan ser cumplidos solo por determinado ofertante y quede en condiciones de presentar ofertas admisibles frente a los otros que no podría cumplir despojándoles injustamente de la posibilidad de ser adjudicados.

Toda la normativa de la etapa precontractual de la LOSNCP es un esfuerzo objetivo y concreto para evitar caer en estos desvíos anormales y corruptos. Por eso la administración pública debe valorar las ofertas de cada uno de los oferentes de la misma forma, con los mismos parámetros y en las mismas condiciones; no hacer daría lugar a impugnaciones a estos actos administrativos de selección por violación de este principio.

2.7.1.4.- Principio de calidad del gasto público

Este principio hace referencia al sistema de prioridades discrecionales o no que la entidad contratante debe tener en cuenta al momento de considerar la contratación de una obra, la compra de un bien o la provisión de un servicio determinado como fundamental para satisfacer las necesidades de la población beneficiaria con esas obras. La política condenada por todos los sectores ciudadanos de edificar elefantes blancos que no obedecen a necesidad prioritaria alguna lleva a la consecuencia natural y a la exigencia cívica de que la legislación contractual pública desarrolle un sistema efectivo de vigilancia y

control de la calidad del gasto público en función de las reales necesidades de la población.

En este sentido se encuentra redactado en la LOSNCP, el Art. 9, numeral 1 y el numeral 8vo. que considera prioritario garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con los sistemas de planificación y presupuestos del gobierno central y de los organismos seccionales, así como también en función de las necesidades de las políticas públicas (numeral 6) garantía que no podría efectivizarse sino mediante los mecanismos de control social de esas inversiones.

2.7.1.5.- Principio de vigencia tecnológica

Las obras que se le ofrezcan y que requiera el Estado deben contener los avances tecnológicos de punta y actualizados; además se debe garantizar la capacidad de ser adaptados con las nuevas tecnologías o adelantos que salgan a futuro. Se debe descartar la propensión corrupta de abaratar los precios de las obras o servicios ofreciendo subrepticiamente tecnologías obsoletas causando un despilfarro de dineros públicos por la obsolescencia temprana de lo contratado.

2.7.1.6.- Principio de oportunidad

Con este principio se busca generar la obligación en los funcionarios públicos y en los contratistas, de responder por los daños que se causen por motivo de la contratación estatal. Por ende, se puede distinguir las siguientes obligaciones que emana la ley para con los servidores públicos en materia de contratación pública, tomados de la Ley 080 de 1993 de la legislación colombiana en materia de contratación pública, pero perfectamente aplicable a la nuestra:

1.- Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2°. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3°. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber laborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido laborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4°. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del j efe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6°. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7°. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8°. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

2.7.1.7.- Principio de libre concurrencia

Es el principio mediante el cual las entidades contratantes buscan la mayor y más amplia cantidad de concurrentes e interesados en ofertar obras, bienes y servicios como consecuencia del llamado público y no direccionado que debe tener toda manifestación de interés de la entidad contratante. Esto se garantiza por la existencia del portal de COMPRAS PUBLICAS al cual tiene acceso el público interesado sin restricciones y en el que se encuentra todas las ofertas de todas las instituciones del Estado y las condiciones precontractuales que deben ser observadas por todos los oferentes.

En síntesis, toda persona que llene los requisitos puede presentarse y emitir su oferta para la provisión de algún bien, obra o servicio en igualdad de condiciones que a los demás postulantes. Las excepciones a este principio son numerosas lo que impide la concurrencia en igualdad de condiciones de empresas privadas en la contratación con entidades del Estado, creándose monopolios y oferentes subsidiarios en caso de que estos monopolios no estén en condiciones de ejecutar el contrato[134].

2.7.1.8.- Principio de Transparencia.

Previsto en el Art.9 numeral 3ero de la LOSNCP como un objetivo fundamental del sistema nacional de contratación. De acuerdo con el deber ser de la actividad de la administración pública, es por naturaleza característico de los actos del Estado y, en nuestro caso, debe visibilizarse en todas las etapas de la contratación pública. Este principio responde a la necesidad de lograr una contratación pública libre de presiones políticas, económicas o familiares, sin corrupción La falta de transparencia en los procedimientos precontractuales y contractuales vicia todo el procedimiento y permite demandar la nulidad del mismo de acuerdo a la gravedad de la falta.

134. Ver oficio circular N. SUBSNA -0-10-162 del 7 de enero del 2010 en el que el Secretario Nacional de Administración Pública dispone que previo inicio de algún procedimiento pre-contractual de ejecución de obras deberán consultar primeramente con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército la posibilidad de contratar directamente con ellos directamente y sin la participación de terceros.

El principio de transparencia garantiza la imparcialidad en la contratación estatal lo que implica poner al deber de selección objetiva en todos los contratos que celebre la administración pública. Este deber es uno de los más importantes preceptos que desarrolla el principio de transparencia como eje de la actividad contractual del Estado, y significa la ejecución de un proceso de selección con la finalidad de escoger al contratista que tenga la propuesta más favorable para el interés público.

Uno de los mecanismos de transparencia que tiene el sistema nacional de contratación pública es el Registro Único de Proveedores , RUP, diseñado para asegurar que los potenciales contratantes sean personas idóneas, no declarados como contratistas incumplidos o fallidos con el Estado. De manera similar, el Portal electrónico www.compraspúblicas.gob.ec permite en red acceder a todo el público a los procesos contractuales e incluso si están registrados pueden participar en la puja cuando se trata de compras por subasta inversa o de compras por catálogo.

En esta misma línea se encuentra el control realizado por el Sistema Nacional de Contratación Pública SERCOP que hace un control intensivo, interrelacionado y completo entre los diferentes entes del públicos en toda las etapas de la contratación pública. Entre sus obligaciones y misiones está el verificar el uso obligatorio de las herramientas del sistema y de los modelos pre y contractuales diseñados por el SERCOP. Además verifica el cumplimiento de políticas del Instituto, así como que los proveedores sean inscritos en el RUP, que no sean inhábiles o incapaces, que la información del sistema esté actualizada y que las entidades provean esta información en forma inmediata, so pena de sanciones.

Toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal COMPRASPUBLICAS. En relación con la Ley anterior la nueva normativa se pone a tono con otras legislaciones internacionales que han incorporado mecanismos informáticos más estrictos de control para asegurar que todo contrato sea formalizado de manera transparente y de libre acceso al conocimiento público.

La propia LOSNCP prescribe taxativamente los mecanismos a través de

los cuales exige el cumplimiento de los principios de transparencia en los procesos de contratación. El Art. 14 de la ley establece que el Sistema Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo, entre otras atribuciones, la verificación de:

1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;

2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el SERCOP;

3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;

4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;

5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,

6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada, so pena de aplicar sanciones. Incluso el SERCOP podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de requeridas.

2.7.1.9.- Principio de publicidad

El principio de publicidad en la contratación estatal debe entenderse como la obligación que tienen las entidades estatales de hacer públicos sus actos y con ello el derecho que tienen los participantes a conocer todos las actuaciones y decisiones de la administración, pues de esta manera podrán controvertirlas y hacer valer el derecho de contradicción, así como también acceder a la información durante el proceso de selección, controlando la actuación del Estado en la selección de los contratistas. Con ello se garantiza que todo el proceso de

contratación debe ser pública. Es decir, debe ser informada de manera general a todos los habitantes del país; en forma anticipada a fin de que se pueda asegurar a los interesados su participación con el tiempo necesario, incluso en función de la distancia territorial.

La publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la administración pública, ampliando así la concurrencia y competencia en un marco de transparencia. El lugar en dónde pueden acudir para conocer todo el proceso y manifestar su interés es a través del desarrollo del portal de COMPRASPUBLICAS y del Registro Único de Contribuyentes, RUC, al que tienen acceso todo ciudadano y en el que puede encontrar además los datos, estadísticas, informes, documentos, formatos, informes anuales, información de proveedores, de contratistas incumplidos, listas de precios, catálogos electrónicos, etc.

A través de este mecanismo se puede garantizar el cumplimiento del objetivo previsto en el Art. 9, numeral 11vo de la LOSNCP como es el incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el Sistema de Contratación. Por la aplicación de este principio gran parte del proceso de contratación pública está abierta a todos los ciudadanos en general y los oferentes en particular, lo que facilita un control del procedimiento que organiza la administración no solo del público sino de los mismos órganos de control estatal.

El mismo Art. 21 de la LOSNCP obliga a que toda información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través del portal de COMPRASPUBLICAS, mismo que tiene algunas herramientas de registros auxiliares como es el Publicación Especial57, entre otros.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 70 del Reglamento a la LOSNCP en el evento de que el portal de COMPRASPUBLICAS no se encuentre habilitado sea por deficiencias del sistema o porque la entidad contratante no se encuentra tecnológicamente conectada al sistema, la LOSNCP procederá a la publicación por la prensa en los siguientes casos:

1.-Las contrataciones realizadas durante el período de transición (Hasta que estuvieron operativas las herramientas previstas en la Ley,, así lo dispone la transitoria cuarta del Reglamento a la LOSNCP que dice: **"PUBLICA-**

CION POR LA PRENSA.- *Hasta tanto el INCOP disponga lo contrario, y hasta máximo el 4de agosto de 2009, las convocatorias en procesos de licitación, a más de publicarse por el portal: www.compraspublicas.gov.ec podrán realizarse por una sola vez por un periódico de mayor circulación nacional. En el caso de que en procesos distintos a la licitación, y dentro del período indicado en el inciso anterior, las entidades contratantes a más de publicar las convocatorias por el portal www.compraspublicas.gov.ec. Decidieran utilizar la prensa nacional o local, deberán comunicarlo al INCOP con la justificación de los motivos que determinaren para el efecto."*

2.-Las contrataciones efectuadas en declaratorias de emergencia.

3.-Las establecidas en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Régimen Especial[135]:

4.-Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;

5.-Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;

6.-Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes; aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;

7.-Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS;

135. Reglamento de la LOSNCP. .tículo 70.- Publicación Posterior.- De no haberse realizado los procedimientos de régimen especial a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, la máxima autoridad o su delegado tiene la obligación de una vez realizada la contratación, publicar en el porta lwww.compraspublicas.gov.ec la información relevante de cada proceso, según lo dispuesto en el Art. 13 de este Reglamento General, en lo que fuera aplicable.

8.-Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;

9.-Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.

10.-Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.

11.-Las ferias inclusivas se publicarán en el portal de compras públicas y utilizando medio de comunicación televisivo, radial o por la prensa. (Art.37 del Reglamento a la LOSNCP). Su publicidad y la forma de la convocatoria se encuentra regulada también por la Resolución N. RE-SERCOP-0025 2015, del 6 de febrero del 2015.La convocatoria, dice el Art. 6, se realizara a través del portal institucional del SERCOP o por cualquier medio de amplia difusión nacional o local.

12.-Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos a las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

13.-Para la adquisición de bienes en el extranjero no se regirá por esta normativa nacional (Art. 3 del Reglamento LOSNCP).

14.-Para el caso de tratarse de subasta inversa corporativa los fármacos adjudicados se publicarán en el Repertorio de Medicamentos. (Art.80 Reglamento LOSNCP) y toda la información pertinente al proceso de adjudicación.

El principio de publicidad debe cumplirse no solo en el trámite de la contratación pública sino en la etapa posterior a la ejecución del mismo a fin de saber si la entidad pública a monopolizado la contratación con pocas empresas o si los contratantes son redes de empresas off shore, organizaciones de dudosa procedencia, empresas camufladas, y otras sobre las cuales se tenga dudas en cuanto a la transparencia en el actuar. No olvidemos que el lavado de activos utiliza el mecanismos de la contratación pública como una herramienta eficiente para legalizar dineros sucios, como ya sucede en otros países y en el nuestro[136].

2.7.2.10.- Principio de participación nacional

Siempre se ha afirmado que el gasto público es un mecanismo efectivo de inversión y promoción social que depende de la orientación que el Estado le proporcione. La contratación pública es un elemento dinamizador de la economía de un país y generalmente se la utiliza como instrumento de políticas públicas generadoras de empleo y redistribución de los ingresos nacionales.

136. En España las contrataciones públicas, fuente principal de la corrupción política 3 de cada 4 ayuntamientos no publica los contratos que realiza Transparencia Internacional ha advertido este martes de que la mayoría de administraciones públicas de España incumple su obligación legal de publicar los contratos y licitaciones que efectúan en la Plataforma de Contratación Pública (PCSP). Ver mas en http://cronicaglobal.elespanol.com/politica/las-contrataciones-publicas-fuente-principal-de-la-corrupcion-politica_32127_102.html

En cuento al lavado de activos igualmente existe creación ficticia de sociedades públicas. A lo largo de la investigación se ha detectado la creación de la figura instrumental y ficticia de sociedades públicas (Entidades Públicas Empresariales Locales) carentes de actividad específica, creando un entramado fraudulento por el cual se desvían fondos públicos municipales de Ayuntamientos a la citada entidad pública y de ésta a la sociedad mercantil privada. En la operación, que se encuentra bajo secreto de sumario, han participado 342 guardias civiles de diferentes comandancias integradas en las diferentes provincias afectadas, según la Guardia Civil. Once detenidos por corrupción municipal en contratos en diez provincias españolas. Entre los arrestados está Josep Manel Bassols, exalcalde de Convergència en Anglès (Gerona) y exdirector de campaña del actual presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont. Ver en http://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2016/07/05/operacion-guardia-civil-amano-contratos-publicos-varios-ayuntamientos/0003146770214300930 2667.htm ultima consulta el 2 de octubre del 2016 a las 10h02.

La inversión pública debe buscar la participación de sectores especialmente débiles y desventajados como en el caso especial del micro, pequeña y hasta mediana industria, en la que están incluidos la rama artesanal.

En este sentido el Art.9 numeral 4to de la LOSNCP pretende convertir a la contratación pública en un elemento que dinamice la producción nacional promoviendo la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas, con ofertas competitivas en el marco de esta ley (numeral 5to. de la misma ley), El Art.6 numeral 23 de la LOSNPC define a la participación nacional como a aquellos participantes inscritos en el RUC cuya oferta se considere de origen nacional[137].

La Resolución para los procedimientos de cotización y menor cuantía considera como origen nacional de un bien cuando el valor FOB de las mercancías incorporadas en él no sea superior al 60% del precio final (precio ofertado) del bien en cuestión. Se considera como de origen nacional un servicio o una obra si el oferente es una persona natural o jurídica domiciliada en el territorio nacional y que tiene actividades empresariales sustanciales en el País, dando a continuación un peso porcentual 5 puntos adicionales a las micro y pequeñas empresas de origen local, como si el ser de origen local no implicara ser nacional de un país., aspecto que discrimina a los pequeños comerciantes, artesanos y micro empresarios.

El Art. 6 numeral 22 de la LOSNCP define el origen nacional cuando se refiera a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del SERCOP de conformidad a los parámetros y metodología establecida en el Art. 16 del Reglamento, como por ejemplo que efectivamente exista el componente ecuatoriano.

En este sentido, en la derogada Resolución SERCOP contenían disposiciones que debían tomarse en cuenta en la declaración de valor agregado nacional en los modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos

137. Reglamento de la LOSNCP.Artículo 70.- Publicación Posterior.- De no haberse realizado los procedimientos de régimen especial a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, la máxima autoridad o su delegado tiene la obligación de una vez realizada la contratación, publicar en el porta lwww.compraspublicas.gov.ec la información relevante de cada proceso, según lo dispuesto en el Art. 13 de este Reglamento General, en lo que fuera aplicable.

de adquisición de bienes y servicios con la amenaza de que en caso de incumplimiento o en caso de que la información presentada por el oferente adolezca de falta de veracidad será causal de descalificación de la oferta o de terminación unilateral del contrato si este vicio se detectare con posterioridad.62

Igualmente existía el derogado l Decreto Ejecutivo N.519 del 22 de octubre del 2010 emitido por el Presidente de la República en el que priorizaba la compra de vehículos de fabricación nacional para el parque automotor del sector público como una política que prioriza el consumo de productos y servicios nacionales, bajo amenaza de sanciones para los funcionarios públicos que desacaten esta disposición[138].

En el caso de los fármacos para que éstos sean considerados como producción nacional ya no debe atenerse al porcentaje del 40% sino a lo que determine el Registro Sanitario emitido por el Instituto Nacional de Higiene Izquieta Pérez, según Resolución MIPRO-DM- 2010-087 del 16 de septiembre del 2010 del Ministerio de Industrias y Productividad.

Ahora, para nuestro modo de ver, si bien es cierto que el numeral 4to. Del Artículo 7 del Reglamento a la LOSNCP confiere al director del SERCOP la potestad de emitir norma que se requiera para el funcionamiento del sistema de compras públicas, éstas resoluciones no deben reformar la Ley porque de lo contrario sería irse en contra de principios de la dogmática jurídica en cuanto al respeto al principio de jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico del Estado. En efecto, e incluye en el Art. 94 de la LOSNCP una causal más para la terminación unilateral del contrato vía expedición de un acto administrativo de tercer orden.

138. Ver Resolución SENAMI-141-2010 del 18 de octubre del 2010 por el cual la Secretaría Nacional del Migrante resuelve extinguir y dejar sin efecto la adjudicación hecha a la empresa AKROS CIA.LTDA. porque su oferta aprobada para provisión de infraestructura tecnológica atenta contra el interés general y los intereses del Estado al verificar con posterioridad a la adjudicación del contrato que la información remitida por la empresa AKROS CIA.LTDA. en los formularios 6 y 6-A no corresponden al agregado nacional del 45,7% sino al porcentaje del 4.74% de los bienes por ellos ofertados. Se deja sin efecto por este motivo todo el proceso precontractual de subasta inversa electrónica a fin de precautelar los principios de transparencia y concurrencia dispuestos en el Art. 4 de la LOSNCP. Igualmente ver resolución N. T.1056-SGJ-2009-2279 del 07 de octubre del 2009 que ordena que se invite a participar solo a oferentes nacionales si los componentes de los bienes son de producción nacional, caso contrario se invitará a oferentes extranjeros.

Las ferias inclusivas de las que se refiere el Art.6 de la LOSNCP Y Art. 67 del Reglamento también están reguladas principalmente por varias resoluciones del SERCOP. Es un procedimiento de contratación al cual acuden las entidades contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios y generan oportunidades a través de la participación incluyente de artesanos, micro y pequeños productores con procedimientos que la ley busca que sean ágiles y expeditos. Así esta resolución contempla como presupuestos obligatorios para la realización de estas ferias lo siguiente:

1.- Cuando las entidades contratantes requieran la provisión de bienes y servicios. Es exclusiva para la contratación de consultorías.

2.- Que consten en el Plan Anual de Contrataciones.

3.- Que sea notificada al SERCOP con 15 días de anticipación solicitando asesoría.

4.- Que los proveedores estén registrados en el RUP, que sean miembros de alguna asociación artesanal o de micros o pequeñas asociaciones que presten servicios, o que formen parte del sector de la Economía Popular, como cooperativas, asociaciones, etc, registradas de acuerdo con la ley.

2.8.- VALORES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Son aquellos que constan en el Art.288 de la Constitución y se los menciona por ser rectores y complementarios a los que establece el Art.4 de la LOSNCP, pero complementarios en el sentido de que estos valores constituyen la razón de ser del cambio de sistema de contratación. Vienen a ser el objetivo que la contratación pública, aplicando los principios de la ley, precisa conseguir u obtener.

Son los ideales del sistema. Que la contratación pública sea transparente no es sino la aspiración incluso reconocida por los considerandos de la LOSNCP a la que se debe llegar aplicando los principios antes descritos. Con la utilización y aplicación de los principios conseguimos el estadio de los valores en el ejercicio contractual público ecuatoriano.

Describamos algunos de estos valores elevados a la categoría de norma constitucional:

2.8.1.- La Eficiencia

Busca la relación óptima entre recursos y resultados. Esto quiere decir que los bienes y servicios proporcionados sean de la mejor calidad posible y que hayan pasado por los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y usando las mejores condiciones para su uso final. Lo que propende la aplicación de este principio es que lo contratado sirva para los fines previstos en los estudios y en los planes de desarrollo.

En otras palabras, la normativa busca que los recursos invertidos en la contratación de bienes, obras o servicios tengan el uso adecuado y haya cumplido con lo que se propusieron las partes al firmar un contrato: obra concluida a satisfacción y proveedor pagado legalmente. En igual forma el numeral 1ero del Art.9 asocia a la eficiencia con la modernización de los procesos de la contratación pública a fin de asegurar más transparencia.

El numeral primero del Art.9 de la LOSNCP también contiene el principio de eficiencia entendido éste como la concordancia entre resultados y objetivos. En una economía planificada a través del Plan Nacional de Desarrollo, como el marco general, y los planes anuales de los organismos descentralizados y sus planes anuales de contratación o compras públicas que deben estructurar (PAC) anualmente, es indispensable que entre los diversos niveles de gobierno exista una concordancia y coherencia para garantizar el control de la calidad del gasto público y el cumplimiento de los objetivos fijados en la planificación local y nacional.

2.8.2.- El valor de la Responsabilidad social.

Este principio abarcaba únicamente la responsabilidad moral de los participantes en la contratación pública, era el vínculo ético del contrato, el imperativo de solución a obligaciones acordadas entre los participantes y la guía de conducta de los funcionarios, contratistas, contratantes, así como de los

controladores. Alcanza aspectos civil, penal, disciplinario y fiscal porque la normativa asigna la responsabilidad a la persona que toma la decisión de contratar.

Pero en la actualidad más que una simple obligación ética y moral es una obligación jurídica de donde todos los participantes son responsables si adecuan su conducta a algún tipo prohibitivo: existe responsabilidad de la máxima autoridad y funcionarios de la entidad contratante, existe responsabilidad de parte de los contratistas y existe responsabilidad de los ciudadanos que realizan control social.

El gasto público en materia de contratación pública siempre debe ser un gasto en el que la ciudadanía deba estar involucrada tanto en el diseño presupuestario como en la contratación y ejecución de la obra pública. La participación de todos los habitantes del país es un derecho y también una responsabilidad social para evitar que la corrupción diluya los recursos estatales en beneficio de pocos particulares.

En este sentido la LOSNCP, Art.9, numeral 7mo incluye como objetivo elemental el impulsar la participación social a través de procesos de veedurías ciudadanas que se desarrollen a todo nivel. Claro que la ley establece que las veedurías es apenas uno de los varios mecanismos de control social establecidos en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, LOPC. En el mismo sentido se encuentra redactado el numeral 10mo que garantiza la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público, que no son otra cosa que los mecanismos de control social de la contratación pública.

2.8.3.- El valor de la responsabilidad ambiental

La contratación pública debe cumplir con los principios de protección, conservación y restauración de la naturaleza y del medio ambiente en particular. El Art.71 de la Constitución establece el derecho prioritario de la naturaleza a mantener y preservar su ciclo vital. La Constitución en el Art.72 inciso segundo descarta cualquier intento de cerrar el paso a la explotación de los recursos naturales no renovables a cambio de exigir los mecanismos más eficaces que minimicen el impacto ambiental en la naturaleza y en las

comunidades que resulten directa o indirectamente afectadas.

2.8.4.- El valor de la economía

Busca reducir el costo global del servicio o de la obra contratada sin que esto signifique sacrificar la calidad del mismo. En otro sentido, el manejo de recursos de la ciudadanía impone que la normativa legal prevenga el despilfarro y el dispendio de los mismos y recoge la voluntad política de reducir los costos de la contratación, adoptando mecanismos de administración que supriman trámites, aceleren o unifiquen y extiendan el deber del funcionario público. Este valor es utilizado en los procesos de selección, sobre todo en la etapa de adjudicación, y también es considerado en la ejecución del contrato.

La intención es facilitar y permitir en condiciones de igualdad la participación de la mayor cantidad de participantes en el proceso de selección para optar por la propuesta que sea más beneficiosa para la institución. Durante la ejecución del contrato por razones imprevistas o por asuntos técnicos la misma ley prevé ciertos contratos complementarios o adicionales que se lo hacen directamente al contratista que se encuentra ejecutando el contrato para evitar en todo caso retrasos en la ejecución del mismo, los trámites innecesarios y la demora en la prosecución y el avance de la obra.

Pero hay que tener en cuenta que la entidad pública debe velar a toda costa que exista cumplimiento en el contrato en las condiciones ideales para no generar costos adicionales que eleven el presupuesto innecesariamente

En nuestro ordenamiento jurídico existen expresiones que recogen el Valor de Economía, como por ejemplo:

- En relación con la forma del proceso, el tiempo debe ser el que conste en los pliegos (Art.32 inciso penúltimo LOSNCP).
- Los medios, gastos y procedimientos deben garantizar una pronta solución(Art.31, último inciso LOSNCP)
- Los trámites deben ser solo los que establece la ley (Art.31 LOSNCP).

- Debe prohibirse el papeleo y los trámites innecesarios. Se realizará a través del portal COMPRASPUBLICAS (Art.31 LOSNCP).
- La contratación complementaria, las órdenes de trabajo.

En suma, por el principio de economía se busca igualmente suprimir trámites innecesarios que encarecen y dilatan el proceso de contratación; se busca que todas las actuaciones en los procedimientos contractuales se hagan con celeridad y eficiencia.

2.8.5.- La Garantía de seriedad del Estado

Veamos algunos ejemplos de actos que demuestren el real interés que tiene la administración pública de realizar contratos de prestación de servicios, de ejecución de obras o de adquisición de bienes capaz de que los interesados puedan realizar sus previsiones e inversiones con la seguridad de que la entidad contratante cumpla con sus obligaciones contractuales y no sea solo un simple acto político que obligue a los contratistas potenciales a realizar gastos inútiles e innecesarios:

- La entidad contratante debe certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente y futura de los recursos. La certificación incluirá la información relacionada con las partidas presupuestarias o los fondos a los que se aplicará el gasto; y, se conferirá por medios electrónicos de manera preferente, y de no ser esto posible, se emitirá por medios físicos. (Art.24 LOSNCP y 27 del Reglamento);
- La existencia previa de los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas debidamente aprobadas por las instancias correspondientes y vinculados al PAC de cada institución (Art.23 LOSNCP).
- Cumplimiento de obligaciones en la terminación unilateral del contrato (Art.95 último inciso de la LOSNCP).
- La prohibición de la retención indebida de pagos (Art.101 de la LOSNCP)

- Del cumplimiento de los términos y del trámite para las reclamaciones precontractuales y de adjudicación contemplados en los Arts. 102 y 103 de la LOSNCP.

- De la obligación que el Estado tiene de devolver las garantías prevista en el Art. 77 de la LOSNCP.

- La obligación de la entidad contratante de realizar el reajuste de precios en los términos del Art.82, 83 de la LOSNCP y el pago por la celebración de los contratos complementarios (Arts. 85 y 86 LOSNCP).

2.8.6.-Criterio de selección objetiva.

Este criterio se refiere al deber que tiene la entidad pública de escoger correctamente al oferente mediante criterios objetivos de selección, contrario a consideraciones interesadas, caprichosas o subjetivas, buscando siempre que prevalezca el interés público. La selección objetiva pretende escoger la postura más favorable para la entidad para lograr la eficacia en el contrato. Condición esencial para que se de esta selección objetiva es que estos factores deben estar determinados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para de esta manera evitar que exista cualquier tipo de arbitrariedad o subjetivismo en la selección, pues los factores para escoger al contratista no pueden ser diferentes a los requisitos y condiciones previamente establecidas.

Para el correcto cumplimiento de este deber la administración debe hacer una comparación de todas las ofertas presentadas en cuanto a su contenido y su viabilidad, analizando los precios y las condiciones del mercado para de esta manera escoger la propuesta más conveniente y que pueda otorgar al Estado la garantía del cumplimiento de sus fines.

La selección objetiva rige toda selección en la contratación estatal, sin importar el procedimiento de selección que se emplee, además de ello tiene doble acepción, cuando la entidad va a seleccionar al contratista no puede basarse en criterios subjetivos y debe procurar por escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella persigue, debiéndose basar en una ponderación concreta, especifica y objetiva como factor para efectuar la selección. El precio no puede ser el único criterio relevante para escoger al contratista,

debe estar acompañado por otros factores como la necesidad de la entidad, la conveniencia de la misma, la experiencia del contratista, los aspectos técnicos y su capacidad operacional[139].

2.9.- PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La actividad preliminar del contrato público adopta características propias de la función administrativa del Estado puesto que las decisiones que la administración emite durante las etapas del procedimiento preparatorio, de selección y de formalización de la voluntad contractual son actos administrativos. A través de estas decisiones o actos administrativos se exterioriza la voluntad de las entidades contratantes del sector público y no son sino actos preparatorios de se incorporan al proceso contractual de preparación y ejecución del mismo. Estos actos tienen su respuesta en los actos de los particulares y de quienes están dispuestos a participar en este proceso. De allí que, al ser considerados como actos administrativos éstos tienen las mismas características.

Pero la administración pública y los actos que ella emana tienen necesariamente que establecer un régimen de control de la legalidad a través de una serie de instituciones que velan porque esas decisiones sean las más adecuadas a la finalidad que se persigue con el proceso contractual. Es así que el alcance del control del Sistema de Contratación Pública tiene una connotación sistémica entre los diferentes entes que conforman ese sistema en todas las fases contractuales: SERCOP, Contraloría General y Procuraduría General del Estado que no solo está integrados por la ley sino por un conjunto de convenios interinstitucionales de cooperación en virtud de que el marco de la ley no determina en detalle su actividad conjunta[140].

139. IRMA JULIANA GIORGI, ANDREA GUZMAN, CAROLINA MEJIA, LIEVANO SILVANA RANGEL DUQUE, TATIANA ERRATO DIAZ. (2006). La responsabilidad disciplinaria del servidor público. Tesis Doctoral. Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá.

140. 65Ver Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la contraloría General del Estado y el Instituto Nacional de Contratación Pública para realizar programas de capacitación, control de procedimientos comunes de intercambio de información y para el control de la aplicación del sistema nacional de contratación pública. Fue firmado el 29 de julio del 3009)(Ver Convenio Marco de Cooperación entre el INCOP y Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, Ver Convenio Marco de Cooperación entre el INCOP y Consejo de Participación Ciudadana; Ver Convenio Marco Interinstitucional de Cooperación entre el Instituto Nacional de Contratación Pública y Consejo de Participación Ciudadana; etc.

2.9.1.- Las Fases o Etapas Contractuales.

Cuando utilizamos estos términos hacemos referencia al proceso contractual como un conjunto o sucesión de actividades, etapas y trámites que la entidad contratante pública debe realizar para la contratación de la ejecución de obras, bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones.

En la LOSNCP no se visualiza con claridad ni se diferencian de la misma manera las etapas del proceso de contratación. El Art.23 del mismo cuerpo legal hace referencia a los Estudios previos de quienes dice que sin ellos no se podría iniciar un procedimiento precontractual. Es decir que antes de la fase precontractual existen requerimientos que deberán estar agotados. Es decir se refiere a una etapa preparatoria de la Precontractual. El Art. 31 al referirse a los pliegos los califica como precontractuales y el Art. 49 de la misma ley ya se utilizan los términos de "fases preparatoria y precontractual" perfectamente delimitadas aunque sea solo en relación con el proceso de la Licitación. Finalmente, El Art. 13 numeral 13 del Reglamento de la LOSNCP[141] hace referencia a la existencia de cuatro fases de la contratación pública: Preparatoria, Pre-contractual, Contractual y la de Ejecución o evaluación.

2.9.1.1.- Fase Preparatoria.

Esta primera fase se caracteriza porque aquí recién se encuba un proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones encaminadas a empezar el camino de hacerlas realidad como institución. Las omisiones que se cometan en esta etapa se reflejarán en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato generando la declaratoria de desierta de una licitación, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien o servicio prestado o simplemente al quebrantamiento de la ecuación contractual[142]. Por lógica deducimos que esta fase comienza con la manifestación administrativa interna que hace o que muestran las autoridades de una determinada entidad pública.

141. Reformado por el Decreto ejecutivo d N. 841 del 2 de agosto del 2011 y publicado en el Registro Oficial N. 512 del 15 de agosto el mismo año.

142. 67 Guía de Contratación. Gobernación de Santander. Colombia. 2005

Esta fase es de suma importancia ya que viene a constituirse en una especie de piedra angular, de base sobre la que se levantará la obra el bien o el servicio que se pretende. No solo implica el cumplimiento de lo que dice la ley sino que implícitamente se encuentran comprendidas muchas otras actividades que conllevan un gran esfuerzo institucional, sin perjuicio de la que consta en el Plan anual de Contrataciones, PAC, como son las siguientes:

1.- La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

2.- La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o pre diseño.

3.-Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.

4. -El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.

5.- El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

6.- Si se ajustan a las necesidades de la entidad para el cumplimiento del servicio público que tiene encomendado.

7.- Si se dispone de recursos suficientes para solventar las prestaciones que se dejarán a cargo del contratista.

8.- Si se cuenta con los estudios de soporte requeridos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como para definir las condiciones (objeto, especificaciones técnicas, plazo y valor) en que debe ser ejecutado.

9.- Si se conoce los riesgos que implica para las partes la ejecución del objeto contractual.

10.- si se ha obtenido los bienes (predios, equipos, edificaciones), permisos y licencias que demande la iniciación o ejecución del contrato, o ha dado inicio al trámite para su obtención oportuna.

Los requisitos preparatorios o exigencias previas que de acuerdo a la LOSNCP y su Reglamento deben cumplirse necesariamente antes de iniciar un proceso precontractual son los siguientes:

1.- La existencia de un Plan Anual de Contrataciones aprobado por la entidad contratante y publicado obligatoriamente en la página Web de la misma dentro de los 15 días de cada mes de Enero. Debe estar en interconexión con el portal COMPRASPUBLICAS www.compraspublicas.ec.gov (Art.22 LOSNCP).

2.- La existencia de la competencia, capacidad jurídica y las autorizaciones del funcionario responsable de la entidad contratante para iniciar los procedimientos contractuales, de acuerdo a lo establecido en el Art.6 numeral 16 y Art. 61 de la LOSNCP, en los que se exige la resolución respectiva sin necesidad de publicarla en el portal.

3.- La existencia de los estudios previos en los términos del Art. 23 de la LOSNCP: estudios completos, definitivos, actualizados, con planos, cálculos y demás especificaciones técnicas debidamente aprobadas. La especificidad técnica está definida como las características fundamentales que deberán cumplir los bienes y servicios requeridos.

4.- La existencia de Presupuesto, no la certificación de la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente y futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.[69] Lastimosamente según el para un mayor control de este requisito no existe todavía una interconexión electrónica entre el sistema de interfase del SIGEF y de las certificaciones de papel emitidas por las direcciones financieras con el portal de compras públicas[143].

5.- La existencia de modelos obligatorios y formatos de documentos precontractuales y otra documentación mínima requerida para esta clase de procedimientos, exige el Art.27 de la LOSNCP. La Resolución SERCOP N. 004 del 20 de febrero del 2014 y la Resolución N.002 del 27 de diciembre del 2013, exigen en forma obligatoria adoptar los formatos precontractuales de manera obligatoria.

143. 70 Informe de Autoevaluación del INCOP 2011, pág. 74-75.

6.- La existencia y la conformación de la Comisión Técnica, cuando el procedimiento así lo requiera, en los términos exigidos por el Art.42 de la LOSNCP.

7.- La inscripción del ofertante o contratista en el Registro Único de Contribuyentes y estar habilitado en el mismo. El Art. 18 exceptúa de esta obligación a los proveedores para los procesos de menor cuantía, aunque deben inscribirse si salen adjudicados.

En resumen, operativamente la Fase Preparatoria está caracterizada cuando la respectiva autoridad de una institución pública advierte de la necesidad de ejecutar uno o varios de los proyectos previamente incorporados y detallados en el Plan Anual de Contrataciones para el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico ecuatoriano le han encargado. En forma inmediata uno o varios departamentos o direcciones que la conforman proceden a verificar y recopilar datos y e información de carácter técnico, jurídico, financiero, contable y hasta político que le permitan confirmar la viabilidad de la intención de iniciar un proceso de contratación. Una vez confirmada la posibilidad real es cuando objetivamente cuenta con todos los requerimientos y condiciones previas elementales para la convocatoria.

2.9.1.1.1.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Preparatoria.

Siempre es importante recalcar que las entidades contratantes que quieren empezar a ejecutar su Plan anual de Contrataciones verifiquen si existe la necesidad real que tiene la comunidad sobre la obra, el servicio o el bien que se piensa adquirir. Se tiene que pensar en todos los requerimientos, permisos, licencias, autorizaciones y hasta en los cambios de la normativa interna que en múltiples ocasiones exige la operatividad de un proyecto a emprenderse. Debe tenerse presente que todos estos riesgos deben estar respaldados en estudios previos y en la preparación de las condiciones jurídicas necesarias tanto para el proceso de selección como para la ejecución ulterior del contrato.

Cuando no se calcula adecuadamente los costos del objeto del contrato los funcionarios de la entidad contratante terminan escogiendo un procedimien-

to de contratación que puede ser el adecuado en función de la cuantía pero que si está mal calculado o planificado y se requiera un incremento del costo, forzosamente tendrán que escoger posteriormente un nuevo tipo contractual con el consiguiente pérdida de tiempo y recursos. Hay que evitar estos errores planificando bien[144].

En nuestro País ha sido recurrente que tanto a nivel institucional como a nivel individual la desviación normativa que genera actos de corrupción ha estado relacionada con la adquisición de bienes sin que respondan a una adecuada planificación respecto de las necesidades de la administración pública ni a la existencia de estudios técnicos que determinen la cantidad y la calidad de bienes y servicios requeridos. Han operado códigos operativos como el de solicitar mucho más para que le den algo más que menos.

Igualmente tenemos falta de informatización en relación con los stocks de bienes y falta de una auditoría sobre la calidad de las compras públicas. Este problema se repite constantemente en la adquisición de medicinas y fármacos para el Ministerio de Salud y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en donde el dispendio ha sido inhumano en un país que necesita de esos bienes. Las compras sin precios referenciales han convertido a un grupo de proveedores en dueños de las necesidades de clínicas y hospitales en complicidad con funcionaros corruptos[145].

---

144. TerraNoticias Blog.Miércoles 9 de Septiembre de 2009 20:56." El contralor de Ecuador revela irregularidades en los contratos De acuerdo con Pólit, se ha apreciado 'la inobservancia de expresas disposiciones de la ley orgánica del sistema de contratación pública' en varios de los acuerdos, recogió la cadena Ecuavisa. El funcionario precisó que, 'antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad debe contar con los estudios y diseños completos', aspecto que no se cumplió en dos de los contratos de las firmas de FC...".Además, subrayó que los contratistas no cumplieron algunos de los requisitos que establece la ley, por lo que pidió que se estudien 'destituciones y multas a los funcionarios que incumplieron la normativa legal'.

145. Expreso, lunes 28 de marzodel2011.Domingo, 27 de Marzo de 2011 - 22:34.Redacción Guayaquil. Examen de la contraloría general del estado. Emergencia injustificada en compras de Salud Pública. Los bienes fueron receptados y distribuidos hasta 8 meses después de la declaratoria."... Existen equipos sin funcionar o subutilizados Al equipo de auditores le llamó la atención cómo el MSP seleccionó a las casas comerciales calificadas en el portal de Compras Públicas. Aunque existen 1.150 empresas registradas en ese web, habilitadas para suministrar los equipos médicos requeridos, el MSP invitó a 5: Bioelectrónica Blanco, Viaproyectos, DT Medical, Zyumed y Perfectech y les adjudicó contratos por $ 4'689.100.

Para adquirir mobiliario por $ 2'326.870,20, el MSP invitó a 9 proveedores a pesar de que 832 se encuentran inscritos en el portal. Resultaron adjudicados: Ecuadorian Medical, Linsata, AHG Representaciones Medical, Viaproyectos, Perfectech, Paulen, Lisar Representaciones, Groupnew y Enocfe..."

2.9.1.2.- Fase Precontractual.

Es la que se relaciona en forma directa con el contrato que se piensa celebrar. En esta etapa los insumos de entrada son todos los datos y los estudios realizados en la Fase Preparatoria los mismos que servirán para la elaboración de los pliegos, selección del contratista y la celebración del contrato.

Comienza en el instante en el que la entidad pública o que maneja fondos públicos exterioriza su voluntad de celebrar un contrato para el desarrollo del objetivo o fin propuesto, y demora hasta cuando existe ya una resolución en firme mediante la cual resuelve adjudicar a uno de los contratistas interesados y concursantes con el que suscribirá el respectivo contrato. En esta fracción procesal se hacen actividades de presentación de ofertas, análisis, selección y adjudicación, negociación dependiendo el procedimiento a seguirse y firma del contrato, otorgamiento de garantías y formalidades de ley.

Resumiendo, esta etapa precontractual es el lapso de tiempo comprendido entre la convocatoria del proceso contractual hasta la publicación de la adjudicación realizad por la máxima autoridad de la entidad contratante en el portal de compras públicas.

2.9.1.2.1.- Requisitos básicos.

Es importante anotar algunos requisitos generales:

1.- Que los términos en los que se redacte la convocatoria deben en lo posible ser gramaticalmente claros, objetivos, justos y completos. Las fechas a partir de la cuales se deben receptar las ofertas y cuando se deben establecer precisos momentos desde los que se empiezan a recibir las ofertas y hasta cuando termina la oportunidad para ello en aplicación del principio de transparencia procesal.

2. La decisión final de adjudicación debe estar respaldada con todos los estudios técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos de cada una de las propuestas así como con el fundamento de la elegibilidad de la una en relación con los méritos de las otras. Se debe aplicar no solo el principio

de transparencia sino el de selección objetiva dentro de un marco de independencia y responsabilidad de quienes toman esa decisión.

3. Ninguna oferta debe ser rechazada, todas deben recibirse sin discriminación alguna, dentro del término previsto, rechazándose exclusivamente las presentadas de manera extemporánea.

4. El informe final y el resultado de los estudios realizados por la comisión Técnica o de quien estuviere facultado para ello dependiendo del procedimiento escogido, debe estar a disposición de concursantes u oferentes por un periodo determinado de tiempo, con el fin de cumplir con el principio de la publicidad y permitir que los oferentes tengan la oportunidad de ejercer su derecho a la réplica sobre esos resultados.

5. La adjudicación será realizada por la máxima autoridad de la entidad contratante de acuerdo al procedimiento a seguirse al oferente que tenga la propuesta del mejor costo, en los términos que define la LOSNCP en los Arts. 32 y Art. 6 numerales 17,18 y 19. No se realiza mediante audiencia pública sino que la Resolución se lo publica en el portal de compras públicas. De manera similar se produce la resolución de adjudicación en el caso de negociación única prevista en el art. 48 del Reglamento.

6.- Los modelos y formatos obligatorios, entre ellos constan los pliegos, serán expedidos por el Director Ejecutivo del SERCOP mediante resolución y serán publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec..Cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la norma.

7. Toda información sobre la marcha o el destino del proceso precontractual será publicado por el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec.

En la medida de lo posible creemos que es necesario considerar todo el escenario jurídico en el que se mueven los oferentes y las entidades contratantes dentro del marco legal determinado por el SNCP

2.9.1.2.2. Los Pliegos Contractuales.

El Art.6, numeral 24 de la LOSNCP define a los Pliegos como los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano o www.compraspublicas.gov.ec.[146]

Es la entidad contratante quien elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables de acuerdo al procedimiento que decidan llevar adelante. Los Pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado. Los Pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

La información básica que deben contener los pliegos son[147]:

1. Se indicaran los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de contratación específico así como los plazos y términos razonables con el fin de que no se afecte el derecho de los oferentes hacer preguntas, recibir respuestas oportunamente, a preparar con tiempo suficiente su oferta; a ejercer su derecho a la participación y a la posibilidad de proveer bienes o servicios en plazos racionales. La Resolución SERCOP N.054-2011 del 12 de noviembre del 2011 desarrolla los principios que deben respetar en la contratación en cuanto a plazos y términos previstos en los pliegos.
2. La descripción técnica, detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio que se desea adquirir.
3. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, pro-

146. Ver Resolución N.038-09 del INCOP que oficializa el nuevo modelo de pliegos de uso obligatorio para el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, e incluir disposiciones en la carta de compromiso de todos los modelos de pliegos de uso obligatorio; También ver Resolución del INCOP N.22-09 del 12 de mayo del 2009.

147. 74 Ana Correa y Felipe Hadad.Manual de Contratación de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Bogotá. Enero del 2009.

cedimientos y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas, así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.

4. Las razones o causas que generarían el rechazo de las propuestas y la declaratoria de desierto del proceso.

5. Las condiciones de celebración del contrato, del presupuesto, forma de pago, garantías y demás asuntos relativos al mismo.

6. Se definirán las respectivas reglas objetivas, claras, justas y completas que viabilicen la presentación de ofertas con esas mismas características, con el fin de evitar futuras declaraciones de desierto el concurso.

7. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios objeto del proceso específico.

8. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento ni de eximentes de responsabilidad por los documentos que se presenten.

9. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas.

10. Se definirá plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta y objeto, naturaleza y cuantía.

En nuestra legislación, de acuerdo al Art. 20 del Reglamento, en la determinación de las condiciones de los Pliegos, la entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones. Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.

Los proveedores una vez recibida la invitación o efectuada la publicación de la convocatoria en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, podrán formular preguntas sobre el contenido de los pliegos; y la máxima autoridad de la Entidad Contratante su delegado o la Comisión Técnica según el caso, responde-

rán las preguntas en el término que para el efecto se establezca en los pliegos.

Para las aclaraciones, la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrán modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos. Las aclaraciones se publicarán en el Portalwww.compraspublicas.gov.ec.

En relación con la convalidación de errores de forma, las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, adjudicará el contrato mediante resolución motivada, observando para el efecto lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de la Ley; y, los parámetros objetivos de evaluación previstos en los Pliegos.(Ver artículos 22,23,24, del Reglamento LOSNCP).

2.9.1.2.3.- Formas de Participación.

Generalmente a los interesados se los denomina proveedores u oferentes que no son sino la persona natural o jurídica que contrata con alguna entidad pública ya sea suministrándole o vendiéndole algún bien, ya sea realizando una obra o prestando un servicio a cambio de una contraprestación.

Los interesados, oferentes o proveedores podrán participar de diferentes formas: Individual cuando participa una sola persona natural o jurídica y corporativa, o en asociación conformada por la unión de uno o varios individuos, unión de dos o más de empresas o mixtas.

El Art.26 de la LOSNCP ordena que en los procedimientos de contratación pública los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio. La participación de la consultoría extranjera, sea ésta de personas naturales o jurídicas, se limitará a los campos, actividades o áreas en cuyos componentes parciales o totales no existe capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, determinadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública[148] .

En el Art.67 de la LOSNCP determina la forma de participación corporativa y menciona que en cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la

148. No puede confundirse el derecho de asociación para presentar ofertas con la asociación para repartirse fraudulentamente los contratos de las entidades públicas. Esta es una práctica frecuente. Tomemos un ejemplo: "... 5.-Un grupo de contratistas participan en todas las licitaciones de una entidad, pactando de antemano, entre ellos, a quién le corresponde ganarse el proceso. Según ellos, así se garantiza una "distribución equitativa" de los contratos de la entidad. También suele darse que la entidad contratante distribuye entre los mismos contratistas de siempre, los contratos de "manera equitativa".
(La Entidad y los proveedores, llegan al acuerdo de generar una especie de oligopolio en los procedimientos, para lo cual se busca generar pliegos en beneficio de este grupo de oferentes, garantizando que todos ganarán de manera equitativa los contratos publicados por la Entidad, cabe señalar que para pertenecerá este círculo de proveedores ganadores, existen coimas a los funcionarios)..." Ejemplo tomado del Manual de Buenas Practicas en la Contratación Publica para el desarrollo del Ecuador. Ver más en la página de la Superintendencia del control del poder del mercado. http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf

celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado.

Igualmente el Art. 99 obliga a que los miembros de la asociación o consorcio contratista sean responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento.

2.9.1.2.4.- Inhabilidades e Incapacidades.

La existencia del régimen de inhabilidades, incompatibilidades e incapacidades se debe a muchas razones, tales como la de alejar del proceso de la contratación la influencia familiar o política y evitar que los funcionarios públicos contraten con entidades del estado, porque esto rompería el esquema de la igualdad y la imparcialidad en materia de contratos, producto del principio de transparencia.

Otra razón fundamental para la implementación del régimen de inhabilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y la conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad. Por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

En este el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pretende preservar la moralidad pública y hacer más transparente la función administrativa en materia contractual. Es claro que la entidad estatal y el contratista deben tener la capacidad legal de contratación y estar exentos de toda prohibición legal, entendida ésta como el no estar incurso en una inhabilidad o incompatibilidad. Por tanto la capacidad de los sujetos públicos que están habilitados

para celebrar contratos por las entidades estatales, deben ser personas igualmente consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.

En el caso de los particulares, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan así conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

La ley no diferencia entre incapacidad, inhabilidad e incompatibilidad. El Art. 62 y el Art.63 de la LOSNCP contemplan a la incapacidad como una forma de inhabilidad para contratar.

2.9.1.2.4.1.- Las Incapacidades.

La exigencia de capacidad en la persona del contratista o del oferente dentro de un proceso de contratación pública no es una exigencia caprichosa o arbitraria de la ley sino que es un mecanismo a través del cual se busca seguridad en la contratación especialmente por lo relacionado con la responsabilidad de los actos precontractuales o en la firma y/o ejecución del contrato. La LOSNCP en este sentido impone mediante los formatos obligatorios de los pliegos que las entidades contratantes solamente pueden contratar con personas consideradas legalmente capaces.

La capacidad, que debe tener el interviniente como persona natural, es tratada por la LOSNCP en el Art. 62, numeral 1ero e impide que quienes tengan las incapacidades establecidas en el Código Civil puedan firmar contratos, por ejemplo un menor de edad, un interdicto, sordo mudo, o que firme el contrato alguien a quien la máxima autoridad contratante no lo ha delegado conforme a la ley.

En relación con este tema sí existen denuncias que tienen que ver con el hecho de que los funcionarios públicos que están al frente del proceso contractual en múltiples ocasiones celebran contratos en las siguientes circunstancias ilegales o ilegítimas:

- Dejan intervenir a personas jurídicas que no tienen la competencia para ejecutar el objeto del contrato puesto que las actividades para las cuales presentan las ofertas no están contempladas dentro del objeto social del estatuto jurídico.
- Los funcionarios o representantes de las personas jurídicas no están autorizados a celebrar el acto jurídico o a presentar ese tipo de ofertas porque tienen nombramientos caducados o no inscritos en el Registro Mercantil o en el Registro de la Propiedad, de ser del caso.
- Permitir la contratación con entidades o personas jurídicas que están en proceso de adquirir personería jurídica o en proceso de constitución podría constituir en un grave riesgo para administración pública porque la obligación igualmente podría estar viciada de falta de plena voluntad de una persona que todavía no puede manifestarse como tal ni responder obligaciones no adquiridas legalmente.
- Las máximas autoridades de las entidades contratantes cuando actúan sin la autorización o aprobación de los órganos colegiados como es el caso de los concejos municipales en relación con los alcaldes de esas localidades.
- Los funcionarios investigados por un hecho irregular se excepcionarán en el desconocimiento de las situaciones de incompetencia o en la exoneración de responsabilidad por el tema de la delegación de funciones. Este argumento de la ausencia de responsabilidad del funcionario por delegación en otro, es tal vez el más utilizado en los descargos de todas las investigaciones y por toda clase de conductas y omisiones. Quien delega funciones como director dc la actividad contractual de la respectiva entidad está en la obligación de verificar el pleno cumplimiento de las diferentes fases del contrato y esto incluye, por supuesto, las funciones que se hayan delegado, tal como lo establece el Art.61 de la LOSNCP.

2.9.1.2.4.2.- Las Inhabilidades

La capacidad de previsión que el legislador tiene en relación con el marco legal de la contratación pública debe abarcar el tratamiento de elementos deslegitimadores existentes en relación con el estatus civil o legal de las

partes intervinientes ya sea entre sí o con relación con terceros funcionarios públicos. El régimen de inhabilidades o incompatibilidades es un rol o listado de circunstancias orientadas a evitar la corrupción, el nepotismo, o prácticas nocivas que atentan los principios fundamentales de la contratación pública y que por estar siempre referidas a los recursos públicos su control debe ser más exigente y riguroso.

Este régimen de responsabilidades e inhabilidades está muy ligado al tema de la capacidad y es un elemento sumamente importante, pues en materia de contratación pública no es suficiente la capacidad civil sino que no debe estar inmerso en una serie de candados legales para evitar relaciones espurias entre funcionario público, autoridad pública y contratista.

En otras palabras, son excepciones al principio constitucional de libre contratación pues no es suficiente el concurso de una persona para celebrar un contrato con el Estado sino que además ésta no deba estar inmersa en una situación de restricción legal o alguna incapacidad especial que le impida participar en ese acto jurídico. Lo que interesa es que el régimen de contratación administrativa preserve la seguridad jurídica, la moralidad pública y establezca un escenario de riesgos mínimos en la ejecución de los contratos.

En resumen, las inhabilidades son los inconvenientes legales o especiales relacionados con la persona del posible contratista que imposibilitan ejercer el derecho a participar en el proceso contractual o celebración de un acuerdo de voluntades. Además son prohibiciones o impedimentos para ejercer la actividad contractual, por tener o haber tenido el interesado la investidura de servidor público. En nuestro ordenamiento jurídico existe el régimen inhabilidades generales e inhabilidades especiales que impiden a quienes se encuentran inmersas en ellas celebrar contratos previstos en esta Ley con las entidades contratantes (Arts. 62 y 63 de la LOSNCP):

149. Unidad de Investigación investigacion@elcomercio.com CONTRATOS | VIERNES 04/02/2011 A USD 700 millones asciende el monto que presuntamente recibieron en contratos y subcontratos del Estado las empresas relacionadas. Es decir más del doble del presupuesto asignado este año a la Función Judicial. Esa es una de las principales conclusiones del informe de 94 páginas que la Veeduría Ciudadana, integrada por el Consejo de Participación por pedido expreso del Primer Mandatario, entregó ayer al contralor Carlos Pólit.

2.9.1.2.4.2.1.- Inhabilidades Generales.

Podemos distinguir las siguientes:

1. Quienes se hallaren incursos en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;

2. El Presidente[149] , el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral[150];

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;

4. Quienes consten suspendidos en el RUP;

5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,

6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

7.- Existe otro tipo de inhabilidad establecida no en la LOSNCP sino en el Art. 153 de la Constitución de la República que prohíbe contratar con el Estado durante los próximos dos años desde su salida a quienes hayan

150. Ecuanoticia blog.Machala: contratos eran entregados a los medios del alcalde. escrito por INTERMED BUSINESS.Martes, 31 de Mayo de 2011 04:01 "... El delito en el que habría incurrido el alcalde C F es el de peculado, ya que en el período del 1 de abril de 2006 al 5 de mayo de 2008, la Municipalidad de M canceló un total de 55.899.72 dólares a Radio Superior El Oro SUPERORO y 114.566.02 dólares a Diario E C... de Machala, por concepto de publicidad, pagos que habrían sido solicitados mediante memorandos por el Jefe de Prensa y Comunicación de la Municipalidad de Machala. Es de dominio público que C F es dueño de Radio S... y de Diario en este ultimo la esposa de F es su administradora, medios de comunicación en los cuales se pauta la publicidad municipal y se paga altos valores...".

ejercido la titularidad de los ministerios, y de funcionarios de alto nivel definidos por la ley. Además de no poder ser representantes legales o procuradores de personas jurídicas nacionales o extranjeras que celebren contratos con el estado para ejecución de obras, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales ni ser funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras del país.

2.9.1.2.4.2.2.- Inhabilidades Especiales

Son las siguientes:

1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;

2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;

3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,[151]

151. Jorge Escala, sostiene que hubo varios contratos adjudicados en forma fraudulenta Mafia en la dinse: red de corrupción en contratos.• Escrito en Septiembre 30, 2009.Por Jorge Escala. En la denuncia que será presentada para la investigación respectiva.

5.- Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.

6.- El Art.34 de la Ley de Compras Públicas incluye una inhabilidad o prohibición, como denomina el texto legal, para que no exista contratación viciada en las empresas públicas. Y dice "... 7. *PROHIBICIONES.- Las autoridades nominadoras de los miembros del Directorio, los miembros del Directorio, Gerentes, servidores públicos y obreros de las empresas públicas, están impedidos de intervenir a título personal en negociaciones y contrataciones con las empresas públicas, por sí o por interpuesta persona, por intermedio de su cónyuge, personas en unión de hecho o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Si así lo hicieren serán sancionados y sujetos a las acciones civiles y penales a que hubiere lugar observando el derecho al debido proceso...*"

7.- Finalmente y de manera general, la LOSNCP en el Art. 99 establece responsabilidades en caso de que la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

2.9.1.2.5.- Efectos de la existencia de vicios en el proceso precontractual.

Cuando la máxima autoridad adjudica un contrato a un oferente que ha presentado la oferta más conveniente y al mejor costo, de acuerdo a los parámetros objetivos de evaluación previstos, se firma el contrato y comienza la etapa de ejecución del contrato. Pero la existencia de vicios detectados durante la etapa precontractual hace que la ley prevea una serie de salidas poco costosas en términos de causar perjuicios a los oferentes o a la misma

entidad contratante y que constituyen válvulas de escape ante los problemas supervinientes que se avizoran por las irregularidades cometidas en esta etapa previa. Estas son:

2.9.1.2.5.1.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.

El Art.33 de la LOSNCP faculta a la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, a declarar desierto el procedimiento siempre antes de resolver la adjudicación, de manera total o parcial, en los siguientes casos:

a.- Por no haberse presentado oferta alguna.

Antes de la reforma existía una contradicción con lo dispuesto en el Art. 48 del Reglamento a la LOSNCP que faculta a que se declare fallido en el caso de que se presente una sola oferta. La Procuraduría ha emitido su opinión en el sentido de que únicamente en el caso de que no existan ofertas se debe declarar el procedimiento fallido.

En la actualidad la existencia de una sola oferta en el caso de la subasta inversa electrónica obliga, de acuerdo al Art. 47 del Reglamento, a que la autoridad contratante realice una única sesión de negociación con el oferente buscando una rebaja de por lo menos el 5% del precio ofertado. De no convenir a los intereses de la entidad contratante se declarará fallida la negociación.

b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;

d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o

su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,

e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

Podrá declararse el procedimiento desierto parcial, cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes. (Artículo sustituido por el artículo 5 de la LOSNCP, publicada en el Segundo Suplemento Registro Oficial 100 de 14 de Octubre del 2013).

La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de pago a los oferentes.

2.9.1.2.5.2.- La cancelación del procedimiento.

El Art. 34 de la LOSNCP igualmente faculta a la máxima autoridad de la entidad contratante a declarar cancelado el procedimiento sin lugar a reparación o indemnización en cualquier momento y dentro del lapso de tiempo comprendido entre la fecha de la convocatoria y hasta 24 horas antes de la

fecha de presentación de la oferta en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;

2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,

3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

2.9.1.2.6.- Efectos de la existencia de vicios en la fase contractual.

Reza el Art. 113 del Reglamento a la LOSNCP que una vez adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación.

El contratista no estará obligado a presentar documentos que ratifiquen su idoneidad legal si es que la información necesaria para esa certeza consta en registros públicos, será la entidad contratante que verificará esta situación.

¿Qué pasa cuando el adjudicatario no firma el contrato?. Veamos a continuación:

2.9.1.2.6.1.- Adjudicatarios Fallidos

Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad contratante declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP. El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades

Contratantes previstas en esta Ley, de acuerdo con el Art. 35 de la ley. Con la declaratoria de adjudicatario fallido, la máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato al siguiente oferente según un orden de prelación, de convenir a los intereses nacionales o institucionales.

Si no es posible adjudicar el contrato al oferente según el orden de prelación, el procedimiento será declarado desierto por oferta fallida; en dicha declaratoria deberá constar de forma motivada los justificativos para la no adjudicación al segundo lugar.

2.9.1.2.6.2.- La entidad contratante fallida

El Art. 115 del Reglamento a la LOSNCP establece que la falta de suscripción del contrato por parte de la entidad contratante después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra.

2.9.1.2.6.3.- Efectos de los contratos celebrados contra expresa prohibición.

El Art. 64 de la LOSNCP prescribe que en caso de celebrarse un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios

que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar. Al menos ésta es un de las causales por las que la LOSNCP permite a las entidades contratantes dar por terminado en forma unilateral los contratos cuando en forma posterior aparecen hechos supervinientes que afectan la validez de los mismos.

2.9.1.2.7.- Criterios de Selección del Contratista en relación a los Costos.

Cuando existe un proceso precontractual y las ofertas han sido presentadas y habilitadas en función del cumplimiento de lo exigido en los pliegos de condiciones, la autoridad de la entidad contratante autorizada por la ley para la selección de la mejor propuesta, debe tener ciertos criterios de selección que la propia ley le otorga. No es una decisión totalmente discrecional o personal ni tampoco es el de la oferta más barata.

El propio Considerando Segundo de la LOSNCP está consciente de que la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado, por lo que han previsto una serie de procesos en los cuales la contratación directa es la excepción. Incluso el mismo Art.9 numeral 3ero de la LOSNCP eleva a la categoría de objetivo del sistema nacional el evitar la discrecionalidad en la contratación pública porque es una verdad que el abuso de la misma tiene relación íntima con la contratación directa.

Los criterios de selección y escogimiento legalmente establecidos se encuentran previstos en el Art. 32 de la LOSNCP. Prescribe este artículo que la adjudicación del contrato por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante se la hace tomando en cuenta el tipo de contrato y se adjudicará al oferente cuya propuesta represente el mejor costo el mismo que de acuerdo al tipo de contrato se reconoce así:

a.-El Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados es la mejor oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

b.-El Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados es la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos

c.-El Art.41 de la LOSNCP explica los criterios de selección para consultoría los mismos que una vez que han sido seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo, las ofertas de consultoría serán presentadas en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad y, el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo. Los procesos de selección se efectuarán entre consultores de la misma naturaleza; así entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan atender y estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría. Los procedimientos de contratación incluirán las siguientes etapas: calificación, selección, negociación y adjudicación.

La calificación de la calidad de las propuestas de consultoría, se realizará sobre la base de lo previsto en los pliegos respectivos, debiendo tenerse en cuenta los siguientes requisitos, procedimientos y criterios:

1. Capacidad técnica y administrativa disponible;

2. Acreditar antecedentes y experiencia en la realización de trabajos similares, según la magnitud y complejidad de la contratación.

3. Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;

4. Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;

5. Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y;

6. Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y

metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.

Una vez calificadas las ofertas técnicas, se procederá a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación según el procedimiento que se determine en el Reglamento de esta Ley y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta. Con el proponente que obtenga el mayor puntaje ponderado de la oferta técnica y económica, se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación. Si no se llegare a un acuerdo, las negociaciones se darán por terminadas y comenzarán con el consultor calificado en el siguiente lugar, continuándose con el mismo procedimiento descrito en los incisos anteriores.

- En las compras por Catálogo (Art.43 LOSNCP) de bienes normalizados se comprará de manera directa los bienes y servicios ofertados en un catálogo electrónico.

- En la subasta Inversa de bienes normalizados que no consten en el catálogo electrónico se adjudica de manera directa al proveedor que oferte el precio más bajo en forma directa a través del portal de COMPRASPUBLICAS.

- La Licitación es un procedimiento que se utiliza cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos o estos hubieren sido declarados desiertos en los bienes normalizados. Se aplica también a los bienes y servicios no normalizados (exceptuando los de consultoría) y los de ejecución de obras, de acuerdo a los coeficientes que constan en el Art.48 de la LOSNCP. La adjudicación se realiza al mejor costo tal como indican los Arts. 6, numerales 17 y 18.

- En los procedimientos de cotización se utiliza cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos o estos hubieren sido declarados desiertos en los bienes normalizados. Se aplica también a los bienes y servicios no normalizados (exceptuando los de consultoría) y los de ejecución de obras, de acuerdo a los coeficientes que constan en el art.50 de la LOSNCP. La adjudicación se realiza al mejor costo tal como indican los Arts. 6, numerales

17 y 18.

- El procedimiento de menor cuantía se utiliza cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos o estos hubieren sido declarados desiertos en los bienes normalizados. Se aplica también a los bienes y servicios no normalizados (exceptuando los de consultoría), y los de ejecución de obras, de acuerdo a los coeficientes que constan en el Art.50 de la LOSNCP. La adjudicación se realiza directamente, de las tres ofertas presentadas, en la contratación de bienes y servicios no normalizados y si no se pudieran aplicar los procedimientos dinámicos. Cuando se trate de contrataciones de obras se adjudicará a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público entre los interesados en participar.

- En relación con la contratación preferente, se aplica el mismo procedimiento que la cotización y la mínima cuantía, excepto los de consultoría, con la diferencia que se priorizará la adjudicación a los micros y, pequeños empresarios, artesanos o profesionales domiciliados en el cantón.

- En la contratación integral a precio fijo, el criterio de selección es el mismo que se utiliza para la Licitación (Art.54 LOSNCP)

- La contratación en situaciones de emergencia, el Art. 57 de la LOSNCP prescribe que la contratación de los bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, se los hará de manera directa.

- En la adquisición de bienes inmuebles y en el arrendamiento de los mismos, el criterio de selección es el precio más bajo.

La Resolución N.021-09 derogada establecía una normativa detallada de disposiciones para la contratación de consultoría por el procedimiento de lista corta y consultoría, procedimientos de evaluación, convalidación y reajuste en forma detallada.

2.9.1.2.8.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Precontractual.

Uno de los problemas que usualmente más se repiten en esta etapa es

el establecimiento de ciertas condiciones que los funcionarios públicos de la entidad contratante, cuando elaboran los pliegos, creen que son necesarias introducirlas como si fueran normales.

Así pretenden por ejemplo exigir requisitos o condiciones de experiencia, de respaldo financiero, o de capacidad operativa no para verificar que el proponente esté en condición de ejecutar un importante contrato en el evento de ser adjudicatario sino como mecanismos de exclusión en el momento de calificar las propuestas. En otras palabras, se establecen inhabilidades sin soporte de ley contradiciendo el principio de que siempre las inhabilidades deben tener el soporte de ley y no puede ser fruto de consideraciones que haga la entidad pública contratante orientada a restringir el acceso. Estas inhabilidades son ilegales e inconstitucionales porque proceder así será contradecir o conspirar contra la universalidad de la convocatoria pública discriminando en razón del conocimiento, de la experiencia o de los recursos económicos de unos el derecho a la libre concurrencia.

Estas inhabilidades bien pueden ser condiciones para ingresar a concursar y no como mecanismo de otorgar puntos una vez que han ingresado grandes y pequeños ofertantes al concurso. Que el interesado perfectamente puede entrar al mismo si reúne condiciones mínimas de capacidad para ejecutar el proyecto, lo que sería pertinente porque responde al principio de democratización en el acceso a la contratación pública y tiene el efecto de igualar al pequeño con el grande siempre y cuando el pequeño sea tan capaz como el grande para cumplir con el contrato. La capacidad económica o la "experiencia" de los oferentes no deben ser puntuadas porque afectaría el principio de igualdad.

Las condiciones y los términos de los pliegos deben en lo posible ser lo menos manipulados o reformados porque da la impresión de que hubo improvisación en la planificación lo que unívocamente va acompañada de un incremento del costo de la oferta, incremento que sirve para que el oferente se cubra cualquier eventualidad ante el apercibimiento de un proceso que no está bien planificado.

Otro aspecto importante que se presenta en esta etapa son las modificaciones de las propuestas. El Art. 23 del Reglamento permite la convalidación de errores de forma únicamente a pedido de la entidad contratante y será notificado a todos los oferentes.

Dice el reglamento que se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos, e implica además la posibilidad de ingresar a las ofertas documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.

Lo anterior quiere decir que no se podrá completar la documentación que otorguen puntos sino aquellos que acreditan las condiciones de capacidad del oferente, como son certificados de experiencia, capacidad financiera u honorabilidad. Esto permite que la competencia sea justa y se distingue perfectamente lo que corresponde al sujeto y lo que corresponde al objeto para que se contrate a la mejor oferta (el mejor bien o servicio para beneficio de la gente) y no se termine contratando al mejor contratista en términos de su fortuna o experiencia laboral.

Finalmente debe tenerse en cuenta que la adhesión a las condiciones establecidas en los pliegos no debe estar condicionada sino una aceptación pura y simple porque caso contrario presentar una oferta que implique condición de ejecución, sea de materiales o de terminación. No podría aceptarse, especialmente cuando existe financiamiento de otros países con condicionamientos de financiación, porque se estaría eligiendo al mejor contratista y no a la mejor oferta.

2.9.1.3.- Fase Contractual.

Este es un lapso de tiempo en donde emergen las obligaciones a cargo de las partes una vez que la resolución de adjudicación del contrato a uno de los oferentes ha sido publicada en el portal de compras públicas.

2.9.1.3.1.- Características

a) Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscriben. El acuerdo de voluntades materializado a través de la firma o suscripción del contrato.

La firma del contrato es una expresión de voluntad de las partes a partir de cuyo acto nacen los derechos y obligaciones contenidos en el mismo para su obligatorio cumplimiento. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora y también forman parte de éste los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

b) La institución pública debe efectuar el correspondiente registro de reserva presupuestal correspondiente para cubrir el pago que le ocasiona el valor del contrato como su principal obligación.

c).- El contratista debe aportar los requisitos exigidos para iniciar la ejecución del objeto como es la constitución de las garantías respectivas de cumplimiento.

d) Aprobación de garantías y cauciones por parte de la entidad contratante que permita viabilizar la ejecución contractual, y tramitar y entregar el anticipo o el pago anticipado comprometido, si así se hubiera convenido.

d) Esta etapa contractual termina con la expiración del plazo del término de vigencia pactado, y dentro del cual se verifica la ejecución del objeto contratado y el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

e) Si no se cumplió por parte del contratista con las obligaciones por él contraídas, la entidad estatal adelantará las acciones necesarias para verificar el cumplimiento del objeto, y aplicará los correctivos y sanciones previstos en el contrato y en las disposiciones legales (cláusulas excepcionales, multas, etc.). Los encargados de la supervisión del cumplimiento deben elaborar actas e informes claros y oportunos que verifiquen el cumplimiento de dichas obligaciones y deben tramitar con diligencia los pagos a que tienen derecho los contratistas, evitando moras y dilaciones que obliguen a la entidad a cancelar los intereses moratorios pactados o en su defecto los establecidos en la ley. En este aspecto se debe efectuar un estricto control que verifique el cumplimiento de los procesos dispuestos, tanto de contratación, de presupuesto y de pagos.

La LOSNCP en el Título IV, De los Contratos, establece una serie de parámetros dentro de los cuales éstos deben firmase, tales como el carácter administrativo del contrato para la adquisición de bienes, ejecución de obras o

prestación de servicios, las capacidades, inhabilidades, nulidades requisitos, formas, garantías, cesión, subcontratación, administración, las recepciones y liquidación, reajustes de precios, contratos complementarios, terminación de los contratos. Analicemos brevemente cada una de ellas.

2.9.1.3.2.- Las cláusulas contractuales del Contrato Público

2.9.1.3.2.1.- Principales cláusulas contractuales.

En parágrafos anteriores ya habíamos conceptualizado y caracterizado al contrato administrativo, el mismo que en materia de contratación pública tiene sus peculiaridades que las vamos a mencionar sin detenernos a desarrollarlas porque son solo notas referenciales.

Recordemos que en síntesis el contrato administrativo son actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar. Todo contrato debe tener:

1. Cuerpo o preámbulo del contrato en el que se detallan los antecedentes que precedieron a la firma del contrato.
2. Título: se encuentra en el inicio del texto contractual. Es el que introduce el tema objeto del mismo. Hace alusión a las partes que intervienen en el contrato y de manera genérica lo que se pretende. Incluye también la identificación del número, el nombre y la clase de contrato.
3. Partes que intervienen en el contrato en el que generalmente una o dos de las partes son entidades del sector público.
4. Capacidad jurídica del contratista. Se describe los poderes, las autorizaciones, las certificaciones que se deben adjuntar a los contratos como documentos habilitantes
5. Caducidad, para el caso de los contratos en materia hidrocarburífera.
6. Reversión: en los contratos de concesión y otros análogos.

7. Multa, que es una cláusula de presencia obligatoria de las partes.

8. Cláusulas.- Estas pueden ser Comunes, Obligatorias, Exorbitantes o excepcionales.

2.9.1.3.2.1.1.- Elementos dentro de las cláusulas comunes.

1.-Objeto: Es el negoció jurídico en sí mismo que hace referencia a lo que se compromete el contratista, ya sea a entregar determinada cantidad de elementos, o a prestar un determinado servicio o construir una determinada obra. Debe ser muy completo, y deberá estar orientado a satisfacer una necesidad sentida de la comunidad o del Estado.

2.-Precio- valor: Es lo que el contratista recibirá como contraprestación por el servicio prestado, generalmente es en dinero. No se puede descartar que parte del precio sea en especie.

3.-Forma de pago: Por regla general es negociable. Se acostumbra a hacer entrega de un porcentaje del valor del contrato a título de anticipo, el cual debe ser cubierto en su totalidad por una póliza, con el propósito de garantizar que se le dé una correcta inversión; se pueden cancelar los saldos pendientes, conforme al avance de la obra, con la entrega de elementos, conforme a los informes que entregue el interventor. Existen diferentes modalidades:

a.-Anticipo: El anticipo es un avance, es la entrega que la entidad estatal concede al contratista para la adecuada ejecución del objeto del contrato. Se debe prever la forma como el contratista lo amortizará. En la LOSNCP existe un límite sobre el valor que la administración debe entregar al contratista por este concepto, hasta el 50% en obras y hasta el 70% en servicios. Hasta hace no poco tiempo era indeterminado y se conocían de entregas de hasta el 90%0% del valor del contrato. Los dineros entregados en calidad de anticipo continúan siendo públicos hasta su inversión final.

b.-Pago anticipado: El pago anticipado es uno de los modos de extinguirlas obligaciones. Por esta razón, cuando a un contratista se le entregan sumas

de dinero en esta calidad, ingresa a su patrimonio y éste puede invertirlo o disponer libremente del mismo, sin que esté obligado amortizarlo.

4.-Precios unitarios: Se refiere a pagos por obra entregada y servicios prestados.

5.-Domicilio: Es el lugar en donde se va a ejecutar el contrato.

6.-Plazo: tiempo de ejecución del contrato.

7.-Vigencia: Es el tiempo de ejecución del contrato.

8.-Derechos y deberes: A qué se comprometen el contratista y el contratante y qué recibe cada parte al ejecutar.

9.-Liquidación: Es el procedimiento mediante el cual, una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera se cumplieron las obligaciones de él derivadas con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

10.-El reajuste.- Que se realizará conforme lo determina el Art.82 de la LOSNCP80.

11.-Cuantía.- hay dos categorías: mayor cuantía y de ínfima cuantía, las mínimas operan en órdenes de servicio. Es importante y sirve para determinar el procedimiento y regulación del proceso contractual. Esta es la que determina el procedimiento a seguirse antes de iniciar la etapa precontractual. Por ejemplo si el contrato público es de mayor cuantía, su selección será por medio de licitación u oferta integral a plazo fijo, o concurso público. En cambio sí es de ínfima cuantía podrá hacerse por el sistema de contratación directa. Para determinar si un contrato es o no de mayor cuantía se debe acudir al presupuesto de la Entidad, pues es esta la base para determinar el proceso contractual.

12.-Autorización legal.- Los representantes legales de las entidades públicas por norma general pueden celebrar contratos directamente. Sin embargo, para algunos casos especiales se requiere la autorización de la junta directiva de la entidad, o de los órganos corporativos. Hay casos en los que no se tienen en cuenta las cuantías, pero se requiere de autorización legal

para celebrar un contrato, tal es el caso de compra y venta de inmuebles, de aeronaves y terrenos entre otros (autorización de INMOBILIAR)

13.-La cláusula arbitral.- Como medio de solución de controversias puede ser incorporada al contrato siempre y cuando exista un pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado.

2.9.1.3.2.1.2.- Aspectos que deben constar en las cláusulas obligatorias.

Multas, Cláusulas de sometimiento a las Leyes Nacionales. Las Cláusulas de reversión, de ser este el caso, una vez vencido el término de la concesión, los bienes destinados a la explotación, pasarán a la propiedad pública del contratante.

2.9.1.3.2.1.3.- En cuanto a las cláusulas Exorbitantes o excepcionales.

Son ajenas al derecho común. Se les conoce como estipulaciones contractuales que tienen por objeto conferir a la entidad pública contratante prerrogativas particulares, diferentes a las que normalmente se pactan en los contratos entre particulares. Las cláusulas exorbitantes más importantes son: terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión. Se aplican a actividades como: los monopolios, el subsuelo, explotación petrolera, el espacio aéreo o en comunicaciones, Contratos de suministro, algunas de prestación de servicios, urgencia manifiesta.

2.9.1.3.2.1.4.- En cuanto a los documentos que forman parte del contrato.

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos de uso obligatorio impuesto por el INCOP y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste.

2.9.1.3.2.1.5.- Orden prelatorio de normas que regulan el contrato.

Siendo este tipo de contrato de carácter administrativo se regulará por las normas de la Ley, las disposiciones del Reglamento General, por la normativa que emita el INCOP; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables, ordena el Art.112 del Reglamento de la LOSNCP.

2.9.1.3.2.1.6.- La forma en el contrato.

En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito (Art.113 del Reglamento de la LOSNCP) salvo el caso de compras por catálogo e incluso en la subasta inversa electrónica en donde la factura es la constancia escrita del negocio jurídico, aunque si existen modelos obligatorias en el caso de existir contratos.

2.9.1.3.2.1.7.-Términos o plazos.

La vigencia de duración de los contratos se contabiliza en plazos, es decir que en los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el presente Reglamento General o en el propio contrato, según el Art. 116 del Reglamento LOSNCP.

2.9.1.3.3.- La Delegación en los contratos.

Previamente por mandato expreso de la LOSNCP, disposición transitoria segunda, prohíbe que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra. Se debe respetar el procedimiento precontractual y las normas que para el efecto son de cumplimiento obligatorio, vigentes para garantizar la transparencia y la economía en la contratación

pública. La existencia de terceros intermediarios o delegados de una autoridad pública que realicen compras públicas a nombre de la entidad contratante vicia el proceso y da lugar a los casos de corrupción.

El Artículo 61 de la LOSNCP, y 109 del Reglamento a la misma, contempla la figura de la delegación (en este a funcionarios de la administración pública, no a terceros) que puede hacer los ministros de estado y la máxima autoridad de la Entidad Contratante para la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado. Para ello deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, pero sí en el Portal COMPRASPUBLICAS. Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante. Además establece que para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna.

Tal como está redactado este artículo el contenido de éste tiene que ver con el encargo que hace la máxima autoridad de la entidad contratante o los ministros de Estado a otro funcionario para que éste a nombre de aquel firme un contrato. En este caso, quien delega la firma seguirá siendo responsable por la decisión de firmar un contrato, sin que por este motivo se quiera excusar en que, de haber consecuencias por irregularidades existentes en el proceso de contratación, aduzca en que él no ha firmado ese contrato.

En otras palabras, esta norma del artículo 61 de la LOSNCP no se refiere a la delegación administrativa en general, sino a lo que se conoce como delegación de firma, en donde no opera ningún traslado de competencias del delegante al delegatario, pues éste tan sólo cumple una tarea material que es la firma o suscripción de un documento a nombre de la máxima autoridad de la entidad contratante y que tiene como fin agilizar el ejercicio de la función pública[152].

En relación sobre la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato, ésta no tiene por qué trasladarse al delegatario quien no es propiamente el que contrata a nombre de la persona jurídica pública, sino tan sólo quien firma el documento. La norma establece claramente que la responsabilidad no excluye al delegante puesto que conserva en toda su plenitud la responsabilidad civil y penal por el acto.

La otra delegación que existe es la que implica un traslado efectivo de com-

petencias o funciones como es el encargo de la dignidad que el funcionario ejerce en beneficio de otro funcionario que la propia ley determina para ello a fin de que la entidad contratante no quede en acefalía administrativa. En este caso la responsabilidad pasa del delegante al delegatario en toda su plenitud.

Lastimosamente en no pocos casos de corrupción administrativa la típica excusa del funcionario público involucrado es el afirmar que no firmó el contrato sino su delegado y que por lo tanto cualquier responsabilidad que de ello se emane deberá caer en la persona del delegatario, lo que obviamente las autoridades han desecha como excusa válida.

2.9.1.3.4.- Mecanismos para la modificación de un Contrato.

La modificación de un contrato se la realiza para alterar, variar, sustituir la calidad, los componentes, el número de obras, bienes y servicios, capaz que no altere la naturaleza del mismo o la sustitución del género del contrato sino a necesidades que se dan en la fase precontractual o durante la ejecución del mismo para responder a necesidades sobrevinientes. Las modificaciones pueden ser unilaterales por la prerrogativa que tienen la administración pública, o consensuadas con el contratista bajo los esquemas legales del sistema nacional de contratación pública y su ley direccionada para evitar la paralización del contrato. Podría decirse que la modificación se considera una adición del contrato con fundamento en el interés público bajo justificaciones de carácter eminentemente técnico.

El tipo de modificación más formal del contrato está contemplado en el Art. 72 de la LOSNCP producida existen errores manifiestos de hecho, cálculo, o transcripción en el momento inmediatamente después de que se firma el contrato y que no se refiere a cuestiones técnicas e imprevistos en la ejecución

152. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. Consultas.1.-Puede el Prefecto delegar a una persona que no es funcionario público del Gobierno Provincial del Napo para que le represente ante la Comisión Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de Napo, y si es que existe alguna prohibición para que pueda ser algún familiar del Prefecto o de los consejeros?. La Ley Orgánica de T.T. y S.V. no exige que actúe un funcionario público como delegado del señor Prefecto Provincial de Napo ante el Directorio. Si un familiar lo puede representar?. Es improcedente la delegación por ser calificada como nepotismo por el Art. 23 de la LOSCCA y porque el Art.23 de la L.O.de Régimen Provincial prohíbe la designación para cargo alguno de la institución a los parientes del prefecto y de los consejeros comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad

del mismo.

Es necesario recalcar que por principio los contratos son ley para las partes y generalmente no se pueden modificar. Sin embargo la propia naturaleza de los contratos hace que éstos y determinadas circunstancias presentadas durante la fase ejecutoria del mismo se vuelvan comunes las revisiones de los términos contractuales bajo estricta supervisión de la ley.

Veamos cada uno de ellos:

2.9.1.3.4.1.- Obras y Servicios Complementarios.

El Artículo 85 de la LOSNCP establece que en caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

Se aplica también este concepto cuando existe creación de nuevos rubros que se hiciere para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos. En la actualidad no se necesita informe previo de la Contraloría General del Estado tal como lo contemplaba la Ley de Contratación Pública derogada[153].

El Art. 87 modificado de la LOSNP establece las normas para la aplicación de los contratos complementarios como las siguientes:

1.- Para la diferencia de cantidades se utilizará el Art. 88 de la LOSNCP.

2.- Para el caso de rubros nuevos se empleará el Art. 89 de la LOSNCP.

3.- Si se sobrepasa los porcentajes previstos en estos artículos, los contratos complementarios no podrán exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

4.- La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades en ningún caso excederá el 70% del costo actualizado o reajustado del contrato principal.

2.9.1.3.4.2.- Diferencia en Cantidades de Obra.

El Art. 88 de la LOSNCOP trae también este mecanismo de modificación contractual que se utiliza cuando al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato. En este caso la entidad contratante podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario.

Cuando la LOSNCP contempla este mecanismo no significa que esta figura pueda ser utilizada para justificar falta de diligencia en la etapa precontractual por faltas graves en la previsión de aspectos y circunstancias contractuales que no deberían producirse si de por medio existiera mayor diligencia de parte de quienes elaboraron los pliegos contractuales. El típico ejemplo es cuando las partes se ven en la necesidad de aumentar el plazo de ejecución del contrato. La modificación de los contratos por cualquiera de los medios que estamos tratando debe ser excepcional porque lo normal es que el objeto pactado cubra todo lo que la entidad quiere y el precio que corresponde a ese objeto. Las modificaciones contractuales por falta de previsión o adecuados estudios atentan contra el principio de planificación y transparencia con detrimento del interés o con el encarecimiento del servicio público a prestarse por

153. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DE PORTOVIEJO. CONSULTA: Si se debe solicitar a la contraloría General del Estado el informe previo y favorable según lo exige el Art.96 de la Ley de contratación Pública para suscribir contratos complementarios que al tener el carácter de accesorios del contrato principal se deben sujetar a los requerimientos exigidos en el mencionado cuerpo legal. PRONUNCIAMIENTO: A la Municipalidad de Portoviejo le corresponderá solicitar a la Contraloría General del Estado el informe previo a la celebración del contrato complementario del principal que se rige por la derogada ley de contratación pública, sin que pueda otorgarlo sin contar con el informe de dicha entidad o hasta que transcurra el término de 15 días establecido en el Art. 60 de la ley anterior.RO 106: 12 de enero del 2010.

ese motivo. En los casos en los que se incrementa el plazo de terminación del contrato por negligencia en el cumplimiento de los supuestos fácticos en la fase preparatoria, como son la realización de estudios técnicos, de mercado, de suelos, entre otros, debería existir un régimen de sanciones a los funcionarios involucrados porque utiliza esta práctica para tapar serias irresponsabilidades de ciertos funcionarios. Esta figura no debe servir para tapar la inoperancia de la administración pública que violenta el principio de planificación de la obra pública al obligar a utilizar recursos no programados y, con seguridad, tomados de otros rubros destinados a otras obras importantes, para subsanar estas irresponsabilidades a la hora de organizar los procesos contractuales.

2.9.1.3.4.3.- Ordenes de Trabajo.

De manera similar el Art. 89 de la LOSNCP recrea esta figura contractual por medio de la cual la Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley.

En conclusión, como lo mencionaremos más adelante, en muchas circunstancias la situación que originó la modificación del contrato se presenta desde la celebración del contrato y por consiguiente si era predecible desde el principio pero no había sido notada por falta de diligencia y/o por la pretendida intención de favorecer la adjudicación a determinado oferente con el que a futuro se acordará las modificaciones del contrato en el que los montos del mismo y la liquidación por obras sobredimensionadas compensan, en no pocas situaciones, la presentación de una oferta más baja[154].

En todo caso, el control interno o el fiscalizador deben revisar que la modificación no haya desconocido los límites que establece la ley como son el mantenimiento de la ecuación económica contractual, la inmodificabilidad de la naturaleza del objeto en función de los pliegos contractuales y la motivación pues si se han desconocido, hay lugar a la imposición de sanciones[155].

No debe confundirse la modificación del objeto del contrato con el aumento del mismo, cuando por ejemplo en la construcción de una vía la entidad contratante decide modificar el contrato para cubrir un trayecto más largo. En este caso ya no se hablaría de modificación sino de una nueva contratación viciosa e ilegal[156].

2.9.1.3.5- La cesión y la subcontratación.

El Art. 78 de la LOSNCP menciona que al contratista le está ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato y el Art. 79 de la misma ley permite al contratista subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad. En caso de la subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal. Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas,

154. PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO. CONSULTANTE: EMAPA-SD.CONSULTA: Tiene mi representada la obligación de cancelar al ing. César Tapia quien firmó el contrato de obras N. aj-co 0060-2007 para que construya el sistema de alcantarillado sanitario para la urbanización Colinas de Bomboli Etapa 1, por el valor de 66.449 de la ciudad de Santo Domingo con el aumento del volumen de obra que incrementó en un 100.4%, prácticamente se construyó el doble de la obra principal con la autorización de la Gerencia General sin que para ese entonces haya el fiscalizador solicitado disponibilidad presupuestaria oportunamente. En la actualidad ya existe disponibilidad para el pago. PRONUNCIAMIENTO: Se ha ejecutado los trabajos incumpliendo con disposiciones expresas aplicables a los procesos de contratación pública, por lo que corresponde a la Contraloría General del Estado, en el ejercicio de las atribuciones que le confieren los arts. 211y 212 de la Constitución Política de la República y los Arts. 31 y 39 de su Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determinar las responsabilidades a que hubiere lugar por dichas actuaciones sin que por tanto competa a esta Procuraduría emitir pronunciamiento alguno sobre la consulta formulada, que se refiere a la autorización de pago sobre la planilla de ejecución de obra en virtud del incremento de más del 100% del monto original del contrato, derivada de las omisiones legales anteriormente referidas. Por lo expuesto, estoy haciendo conocer de estos particulares a la Contraloría General del Estado para que en uso de sus facultades constitucionales y legales proceda a determinar las responsabilidades que corresponda.RO 143: 4 de marzo del 2010-08-04.

observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley.

2.9.1.3.6.- Administración del contrato.

El Art. 80 de la LOSNCP prevé que el responsable de la administración del contrato será el supervisor y el fiscalizador quienes deberán tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda. En el régimen legal de contratación pública anterior existía un abuso en cuanto al costo de la fiscalización ya que ésta iba en función del monto del contrato a fiscalizar, no existiendo proporcionalidad entre el trabajo del fiscalizador y el valor que éstos cobraban.

La forma de cobro era mediante anticipos igual de desproporcionados que de todas maneras se cobraban así la obra se haya paralizado o no ejecutada. En la actualidad, en relación con el costo de la fiscalización y sus modalidades de pago existe la resolución expedida mediante Oficio T – 1056 SNJ-09-2736 del 24 de diciembre del 2009 expedido por el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República en el que el costo de la fiscalización no va en relación del monto del contrato suscrito. El pago se lo realiza por planilla conforme avanza la obra.

---

155. Ver LOSNCP: Artículo 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

156. Un ejemplo de este tipo de corrupción en Honduras."... El Consejo Nacional Anticorrupción (CNA), denunció hoy a directivos y exfuncionarios de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (ENEE) por supuestos actos ilícitos en la construcción de viviendas en el proyecto hidroeléctrico Patuca III.Los miembros del CNA acudieron al Ministerio Público a interponer una denuncia sobre la construcción de casas dentro del proyecto y un contrato sobre el menaje que acondicionaría las viviendas construidas. Dijeron que los denunciados incumplieron con la Ley de Contratación del Estado y se constató que el mecanismo que generó perjuicio al Estado ya que fue el requerimiento de órdenes de trabajo a la empresa contratada, aumentado de manera desproporcionada el valor original del contrato de obras civiles hasta en un 120 por ciento.." Ver en https://confidencialhn.com/2016/08/16/denuncian-a-funcionarios-y-exdirectivos-de-la-enee-por-presunta-corrupcion-en-represa-patuca/ ultima consulta el 25 de septiembre del 2016 a las 12h45

2.9.1.3.7.- Cláusula de la Terminación del Contrato.

De acuerdo con la LOSNCP, Art. 92, los contratos terminan:

1.-Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;

Es decir se supone la realización del contrato por el contratista a satisfacción de la entidad contratante y por el cumplimiento de las obligaciones contractuales recíprocas. Es decir, cuando el contratista haya cumplido con los términos y cláusulas que se pactaron y que el resultado tenga la aprobación del ente público.

2.-Por mutuo acuerdo de las partes;[157]

En esta causal debe predominar las razones de interés público que se hayan convenido; no debe proceder por causas imputables al contratista y que el interés público no se vea afectado con la terminación del contrato.

3.-Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; Para el primer caso se necesita el inicio de un proceso de nulidad y para el segundo, la rescisión del mismo[158].

4.-Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,

5.-Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Este es un tipo de revocación del contrato que implica una terminación en función al criterio subjetivo y extralegal incluso de la administración pública que puede considerar que nos conveniente para el interés público la continuación del contrato. Sin embargo que es una decisión unilateral debe comportar el pago de las indemnizaciones que sean del caso para el contratista perjudicado. O viceversa, si la decisión de la terminación obedece a similar criterio del contratista éste debe indemnizar a la entidad contratante.

De estos casos el más importante dentro de las cláusulas exorbitantes se encuentra la terminación unilateral del contrato sea por parte de la entidad contratante o por parte del contratista.

2.9.1.3.7.1.- Terminación Unilateral del Contrato.

Es la facultad excepcional que tiene el Estado para terminar el contrato antes de su vencimiento por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Es considerada como una sanción que le impone la administración al contratista incumplido sin que de origen a indemnización alguna para el contratista. No puede caber una resolución de terminación del contrato que no esté prevista en las causales determinadas por la LOSNCP.[159]

El Art.94 permite a la entidad contratante declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

157. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DE ATAHUALPA. CONSULTA: Si es procedente o no realizar la adquisición de la cargadora frontal a la empresa proveedora- vendedora de la máquina y accesorios que no son de utilidad para la Municipalidad , sin que esta adquisición tenga que pasar por el Portal de Compras Públicas, teniendo como soporte el informe del departamento de Obras Públicas Municipales. PRONUNCIAMIENTO: La Municipalidad no puede acordar con el contratista la sustitución de un equipo por la provisión de otro de diferentes especificaciones técnicas, por no estar aquello previsto en las normas que rigen la contratación pública, y debido a que ello constituiría modificación del objeto del contrato. En consecuencia, conforme se concluyó en el pronunciamiento de la referencia, de determinarse por parte de la Municipalidad y bajo su responsabilidad, la inconveniencia de adquirir uno de los equipos objeto del contrato materia de consulta, procede la terminación parcial por mutuo acuerdo, en los términos previstos por el Art. 93 de la LOSNCP sin que pueda celebrarse contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista..... RO 106: 12 de enero del 2010-08-04.

¿Es procedente o no dar por terminado parcialmente el contrato de adquisición de maquinaria por mutuo acuerdo con relación al rubro fresadora teniendo como soporte del Departamento de OO.PP. MM. A sabiendas de que aún la compañía vendedora no ha entregado este elemento que forma parte del objeto del contrato?.PRONUNCIAMIENTO: La terminación unilateral de un contrato sujeto al ámbito de aplicación de la LOSNCP como es el que motiva su consulta, puede estar referida a una parte del contrato, cuando no fuere posible o conveniente su ejecución, pudiendo, pudiendo las partes convenir en extinguir alguna de las obligaciones. Del análisis jurídico que precede se concluye que la municipalidad puede convenir con el contratista en dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato, en forma parcial, respecto del rubro fresadora, conforme lo admite el artículo 93 de la LOSNCP debiendo efectuar la liquidación correspondiente.....RO. 106: 12 DE ENERO DEL 2010-08-06.

1. Por incumplimiento del contratista;

2. Por quiebra o insolvencia del contratista;

3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

5.-Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;

6.- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,

7.-La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este último

158. PRODUCRADURÍA GENERAL DEL ESTADO. PRONUNCIAMIENTO. Efectuada la transferencia de dominio mediante la inscripción de las respectivas escrituras públicas de determinarse que la Municipalidad hubiere pagado a los propietarios de los inmuebles expropiados un precio mayor al que correspondía se deberá demandar la nulidad de los contratos de compra venta, por lesión enorme, en los términos de los Arts. 1828 y 1829 del Código civil, sin perjuicio de la determinación de responsabilidades que correspondan al tenor de lo dispuesto en el Art. 31 numerales 34 y 36 de la LOCGE.RO:106:12 – enero- 2010.

159. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. CONSULTA. ¿Si a la luz del Art. 92 de la LOCGE, ¿ la recomendación formulada por la Unidad de Auditoría Interna de la CORPAQ, concerniente a la terminación del Convenio de Pago por Servicios es vinculante o no para la Dirección de Aviación Civil?. PRONUNCIAMIENTO: Las recomendaciones formuladas por la auditoría interna tienen alcance institucional, en tanto están dirigidas a la máxima autoridad de la respectiva entidad, según Art.17 de la LOCGE quien puede adoptar las medidas pertinentes "cuando corresponda". Lo dicho tiene especial importancia tratándose de un tema proveniente de un convenio, que por su naturaleza consiste en un acuerdo de voluntades de dos entidades del sector público, y que constituye fuente de obligaciones y derechos recíprocos, por lo que su terminación debe ser también acordada o sustentada en una causa legal, atento el principio de legalidad al que están sujetas las entidades públicas, establecido en el Art. 226 de la constitución de la República. Por tanto, las recomendaciones formuladas por auditoría interna, si bien tienen un efecto obligatorio dentro de la respectiva institución, conforme lo dispone el Art. 17 de la LOCGE no tienen tal efecto respecto a la DGAC ni pueden por sí mismas afectar la validez o vigencia de un convenio. Sin perjuicio de lo anterior, las instituciones del Estado deben tener en cuenta la obligación de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines que les impone el Art.226 de la Constitución de la República.RO 72: 23-nov-2009).

caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Debe tomarse en cuenta que en el Art.1 de la Resolución N.44-2010, derogada, del 15 de junio del 2010 se introducía en forma inconstitucional una causal más de terminación unilateral del contrato por información falsa en cuanto a la declaración de valor agregado que hace el oferente.

El trámite previo a esta declaratoria debe centrarse en constituir en mora al contratista, de acuerdo con las exigencias del Art. 1594 del Código Civil. Para ello el Art.95 de la LOSNCP establece que la entidad contratante notificará al contratista con una anticipación de 10 días de término sobre su decisión de dar por terminado el contrato, señalando el incumplimiento o la mora en la que ha incurrido el contratista, y la prevención de que si en un término allí determinado éste no cumple esta moratoria se dará definitiva y unilateralmente terminado el contrato. Es una potestad constitucional.[160]

Esta declaración lo hará la máxima autoridad de la entidad contratante, se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista y a las entidades financieras o bancarias y se publicará en el portal de COMPRASPUBLICAS de acuerdo con el Art. 94 y 95 de la LOSNP.

2.9.1.3.7.2.- Efectos de la declaratoria de terminación unilateral.

1.- No tiene el efecto suspensivo. No se suspenderá esta declaratoria por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contenciosas administrativas, arbitrales o de cualquier otro tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

2.- El contratista no podrá alegar falta de cumplimiento de las obligaciones

económicas por parte de la entidad contratante si el anticipo entregado no estuviere totalmente amortizado.

3.- La entidad contratante puede, a través de peritos, establecer el avance físico, de obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable.

4.- La entidad contratante puede ejecutar las garantías de fiel cumplimiento.

5.- La entidad contratante puede, de ser el caso, ejecutar la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustado hasta la fecha teniendo el contratista el plazo de 10 días para realizar el pago respectivo.

6.- Si vencido este término no efectúa el pago deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses legales.

7.- La entidad contratante podrá demandar la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar.

8.- Una vez declarada la terminación unilateral del contrato la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente la obra objeto de la declaración de terminación unilateral, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Art.50 de la LOSNCP.

2.9.1.3.7.3.- Terminación por causas imputables a la entidad contratante.

Como una forma de equilibrar la prerrogativa que tienen la administración pública para terminar unilateralmente el contrato la ley también le otorga este derecho al contratista aunque en solo dos circunstancias imputables a la entidad contratante. El Art.96 señala estas causales:

160. Una sentencia de la corte Constitucional colombiana ratifica este aserto ante una demanda de violación del principio de igualdad de las partes contractuales, dice que "...Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos...". Ver mas en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-499-15.htm ultima consulta el 2 de octubre del 2016 a las 14h20

1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de 60 días;

2.- Por la suspensión de los trabajos por más de 60 días dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

3.- Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, a Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,

4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.

2.9.1.3.8.- Reclamaciones y Solución de Controversias.

En función del principio constitucional aplicable al derecho al acceso a la justicia y a impugnar una decisión administrativa, el Sistema Nacional de Contratación Pública prevé varios mecanismos para la solución de controversias en función de la etapa contractual en donde se haya originado el problema o la disconformidad entre el ofertante, adjudicatario o contratista y la entidad contratante.

De la lectura de los Arts. 102, 103,104 y 105 de la LOSNCP, se diferencian dos procedimientos:

1.- Las reclamaciones hasta la etapa de la Adjudicación

2.- Las reclamaciones en el proceso de ejecución del contrato.

En ambos casos se puede utilizar en primer lugar las opciones de:

• Solución directa de las controversias sin mediación alguna, entre recla-

mante y el representante de la entidad contratante.

- La solución utilizando uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias que se encuentran en la ley.
- Cuando no hayan funcionado los mecanismos anteriores, se podría solucionar mediante demanda contenciosa administrativa.

2.9.1.3.8.1.- El Recurso de Reclamación.

El Art. 102 de la LOSNCP y el Art.150 del Reglamento reconocen el derecho a reclamo que tiene el participante en un proceso de compras públicas por actos administrativos que los afecten respecto a resoluciones que afecten varios aspectos, por ejemplo:

Respecto a la oferta presentada. En los acápites desarrollados mencionamos las diferentes formas de corrupción que involucran actos administrativos orientados a perjudicar y/o a beneficiar a determinados oferentes en función de las ofertas presentadas, lo que perjudica la libre concurrencia de los procesos licitatorios.

Respecto al trámite precontractual. De la misma forma existen actos y actitudes de los funcionarios públicos, a veces en contubernio con terceros interesados, que trabajan con el fin de que el procedimiento precontractual sea orientado para que cierto oferente sea el único que pueda cumplir con los requisitos precontractuales constantes en los pliegos y poder ser precalificado.

Respecto a la adjudicación. De la misma manera, la calificación y adjudicación de contrato debe ser transparente y en función del interés de la colectividad y de la institución pública y no en interés del contratista particular. Existen actos decisionales que utilizan criterio abusivos del mejor precio, o simplemente declarando desierto el proceso contractual para volverlo a convocar con el solapado interés de optar la contratación directa con una de las firmas que no salieron favorecidas en el proceso declarado fallido.

Es necesario mencionar algunas de las características de este proceso:

- La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.
- El término para la interposición del recurso de reposición será de 5 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.
- El término máximo para dictar y notificar la resolución será de 15 días. Transcurrido este término sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso al peticionario.
- De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contenciosa administrativa.
- En las reclamaciones los oferentes podrán peticionar o pretender: 1. La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; y, 2. La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.
- El reclamo se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración, en el término de cinco días contados a partir de la notificación.
- El órgano ante quien se presente el reclamo tendrá un término de quince días para resolverlo, contado a partir de la fecha de la providencia de calificación del reclamo. El reclamo y su resolución serán publicados en el Portal.
- El escrito debe ser dirigido a la misma autoridad que expidió el acto de simple administración o el acto administrativo.

2.9.1.3.8.2.-El Recurso de Reposición.

En relación con este recurso previsto en el Art. 151 del Reglamento a la LOSNCP es necesario hacer las siguientes puntualizaciones. Es procedente

este recurso únicamente si se han vulnerado derechos subjetivos por medio de un acto administrativo emanado de un funcionario de la entidad contratante.

Esta es una excepción al principio de irrevocabilidad del acto administrativo y se da cuando se han afectado los derechos subjetivos del recurrente porque el Estado no puede derogar o atentar contra los derechos creados por un acto administrativo anterior. La convocatoria o la invitación y los términos constantes en los pliegos son actos administrativos que declaran derechos subjetivos, es decir, crea una situación jurídica particularizada e individualizada a favor del ofertante que se presenta en las mismas condiciones de igualdad y transparencia a presentar su oferta y a ejercer los derechos que le declararon con motivo del inicio del procedimiento contractual. Si no le aceptan la oferta o no le adjudican o le imponen condiciones adicionales solo para él, tiene todo el derecho de interponer un recurso de reposición puesto que se están vulneran los principios generales de la contratación pública que son a su vez derechos subjetivos del reclamante. No sería un derecho subjetivo el hecho de que no le acepten una oferta por no haber acreditado la calidad de persona jurídica o por otro hecho producido por la irresponsabilidad o culpa del ofertante, aspecto que nada tiene que ver con un derecho subjetivo.

El Art. 151 del Reglamento, y no la LOSNCP, concede este recurso a los oferentes o adjudicatarios que habiendo utilizado el derecho de reclamo ante la entidad contratante ésta la haya negado. Este recurso únicamente se lo interpone cuando los actos administrativos afecten los derechos subjetivos directos del oferente. En contra de la resolución que emita el mismo órgano emisor no cabe otro recurso alguno en vía administrativa, dejando a salvo la vía contenciosa administrativa.

El aspecto negativo que no prevé la LOSNCP es que el derecho a la segunda instancia tiene que ser conocido por otra institución diferente a la que le negó en primera instancia. No es jurídicamente legítimo que sea la misma autoridad que dictaminó en el reclamo la misma que vaya a dictaminarse en contrario. En la generalidad de los casos la autoridad que conoce del recurso de reposición va a ratificar su decisión porque no puede fallar en contra suya. No es posible el auto recriminación más aún si se tiene siempre cerca el fantasma de la corrupción en la contratación pública. Por esa razón, como en todo sistema jurídico democrático, la autoridad a quien se recurre de un fallo debe obligatoriamente ser distinta a la que lo expidió.

2.9.1.3.8.3.- Las reclamaciones en el proceso de ejecución del contrato.

En tratándose de la ejecución de los problemas y de las controversias surgidas de la ejecución de los contratos es importante recalcar que la LOSNCP y su Reglamento recogen los principios consagrados en la respectiva ley y que se refieren a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sabemos que sobre el contratista siempre se encuentra como espada de Damocles los procedimientos de terminación unilateral, nulidad, ejecución de garantías, etc.

Para los casos en donde el contratista ejecutor no cumpla con los términos contractuales a los que se obligó. Pero es importante que más allá de las circunstancias que contempla la ley existen otras que conspiran con el desarrollo normal del contrato para lo cual los Arts. 160 del Reglamento y 104 de la LOSNCP, respectivamente, contemplan mecanismos de solución como son los siguientes:

a.- Solución directa de las controversias.- Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley ya la conciliación, amigable composición y transacción.

b.- De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje

c.- Del compromiso o convenio arbitral.-Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la cele-

bración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

d.- Contencioso Administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.(Art.105 LOSNCP, Art.163 del Reglamento)

2.9.1.3.8.4.- Algunas consideraciones importantes en esta Etapa Contractual.

La mayor cantidad de causas o punto de tensión judicial se encuentra en esta etapa de ejecución del contrato. Existen funcionarios que a sabiendas que existen causas que el contratista difícilmente podía subsanarlas para que pueda cumplir con sus obligaciones dentro del plazo pactado se empeñan a que se configure el incumplimiento para imponer sanciones y multas que en nada contribuirán a solucionar el problema sino que, más aún, contribuyen a que se busque un pretexto para la declaración de terminación unilateral del mismo.

A veces es difícil entender que la misión de la entidad contratante es satisfacer un requerimiento de la comunidad para la satisfacción de una necesidad cotidiana. No busca lucrarse ni enriquecerse con una multa ni erigirse desde el plano sancionador. En no pocas ocasiones el incumplimiento del contratista se produce por no cumplir con las contraprestaciones a las que estaban obligadas las entidades contratantes, ofrecidas como condiciones previas a la ejecución del mismo, produciendo la pérdida de tiempo y recursos que usualmente se le carga al contratista (La adquisición de la propiedad que antes era arrendada por la entidad contratante por ejemplo, o el movimiento de tierras o la construcción de una ruta de acceso al lugar en donde el contratista debe previamente construir una obra).

Los contratos mientras más complejos son más incompletos aparecen a la hora de la ejecución. Su ejecución, continuación y cumplimiento requiere de mucha capacidad de gestión administrativa con funcionarios que entiendan los problemas mediante una supervisión fuerte y coordinada para evitar la paralización de la obra, o la ejecución incompleta de contratos, o la ejecución con obras no contempladas en el mismo y que en muchas ocasiones se le exige al contratista que las ejecute por la urgencia política inmediata que para terminarlo tiene el funcionario público. La LOSNCP, Art.72, permite la firma de contratos modificatorios que enmienden errores de buena fe y no como mecanismo de inflar los costos para beneficio injustificado de los funcionarios y del contratista.

Una de las causales de terminación unilateral del contrato se produce cuando las multas impuestas al contratista superan el monto de la garantía de fiel cumplimiento. En ese momento la entidad contratante notificará con el requerimiento de terminación dentro de un plazo de 10 días transcurrido el cual se dará por terminado el contrato exigiendo el pago previa liquidación que debe realizarse a la obra.

Las multas no se imponen sino solamente hasta el monto de la garantía del fiel cumplimiento y no hasta cuando pague el contratista incumplido. Tampoco la multa se impone hasta el día de la declaración unilateral de terminación del contrato si para esa fecha ya ha sobrepasado el monto de la garantía. La multa no tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios sino buscar que se cumplan las condiciones del contrato si para esas fechas ya están vencidos los plazos. Se debe mejorar en la optimización del sistema de pagos a las planillas de avance de obras o las liquidaciones cuando se terminen las mismas.[161]

2.9.1.4.- Etapa Post contractual.

La LOSNCP no menciona una etapa posterior a la contractual sino que lo menciona como una mera referencia a este término en el Art. 36 que norma la obligación de las entidades contratantes para mantener un expediente por cada contratación y en el que debe constar todos los documentos, los hechos relevantes de las etapas de preparación, la selección, la contratación, la ejecución

y los hechos de la fase post contractual.

Sin embargo esta etapa de hecho existe porque la LOSNCP prevé una serie de acciones que son posteriores a la terminación del contrato, sea que la conclusión del mismo se lo haya hecho de manera unilateral o de manera naturalmente jurídica.

2.9.1.4.1.- Características

Veamos algunas:

a) Es determinante constatar el hecho de que el contrato ha perdido su vigencia, por tanto no es dable en este estado la imposición de sanciones al contratista por el incumplimiento en sus obligaciones;

b) Cuando existe acuerdo de las partes la entidad pública efectúa junto con el contratista un balance técnico y financiero del desarrollo del contrato, acto que se conoce como liquidación bilateral del contrato;

c) Si no existe acuerdo entre las partes respecto del antes citado balance, o el contratista no se presenta a la liquidación, la entidad estatal debe aprobar tal evento mediante un acto administrativo, y;

d) Culmina con el pago, retribución y devoluciones a que haya lugar de acuerdo con los saldos resultantes a favor y en contra de cada una de las partes.

e).- Cuando la terminación obedece a otras condiciones unilaterales del contrato las diferencias económicas se solucionan ante los jueces y en los procedimientos que determina la misma LOSNCP.

2.9.1.5.- Recepción del objeto de la contratación.

El Art. 81 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, Capítulo VI de

161. 92 Informe de autoevaluación del INCOP – 2011.Pag. 72 – 74.

la Recepción y de la Liquidación, establece las clases de recepción que la entidad contratante procederá a realizar respecto de la obra contratada, y va de acuerdo al tipo de objeto del contrato, no de acuerdo al procedimiento de adquisición, y son:

1.- En los contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción con el procedimiento establecido en el mismo contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se procederá a la devolución de garantías excepto la garantía técnica. Para ello se procederá a verificar las obras y se firmará un acta de entrega recepción entre el contratista y una comisión técnica designada por la máxima autoridad de la entidad contratante, comisión que la conformará el administrador del contrato y un técnico capacitado para esta clase de recepciones.

2.- En los contratos de ejecución de obra y en los contratos integrales por precio fijo existirá una recepción provisional y una recepción definitiva. En la recepción provisional se procede a verificar las obras, igualmente se firmará un acta de entrega recepción entre el contratista y una comisión técnica designada por la máxima autoridad de la entidad contratante que la conformará el administrador del contrato, un técnico capacitado para esta clase de recepciones y el fiscalizador de la obra.

3.- De acuerdo a la complejidad de la obra podrá acordarse la recepción parcial o por partes, por etapas o de manera sucesiva en los contratos de obras, bienes y servicios. No habla de los de consultoría en donde una recepción de esta naturaleza rompe la lógica porque en este tipo de servicio el resultado final es el que importa a la institución contratante. En la recepción de los servicios de consultoría existirá un plazo de 15 días a partir de la entrega del trabajo a fin de que el consultor responda a todas las observaciones que sobre aquel hiciera la máxima autoridad de la entidad contratante.

4.- Existe la recepción presunta o de pleno derecho cuando ante la solicitud del contratista la entidad contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los periodos determinados en el Reglamento de la LOSNCP o en los plazos que estipulare en contratos. En este caso un Juez Civil o Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo, bajo amenaza de sanción al Notario que

no notifique.

5.- La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente.

6.- La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor respecto a los contratistas de obra, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega recepciones previstas.

2.9.1.6.- Tipos de incumplimientos.

Recordemos, de acuerdo con nuestra legislación la terminación de los contratos se confirma cuando existe incumplimiento de las partes, por mutuo acuerdo, por sentencia o laudo ejecutoriados, por declaración unilateral del contratista o del contratante, por muerte o disolución de la personería jurídica del contratista. Los derechos y obligaciones que generan estas modalidades son diferentes de acuerdo a cada uno de ellos. En otras palabras, el vínculo jurídico que une a la institución pública que contrata con un proveedor o contratista permanece unido o de alguna manera sigue vigente hasta que se disuelva completamente, sea por una decisión conjunta o judicial. Así por ejemplo:

1.-En el caso de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista éste tendrá el derecho de ser cancelado por todo el monto del contrato más los reajustes a que tenga derecho. La entidad contratante deberá recibir a conformidad la obra ejecutada, previo el cumplimiento de los requisitos de forma.

2.- La terminación por mutuo acuerdo puede darse cuando existen imposibilidades físicas, tecnológicas o presupuestarias que impidan continuar con la ejecución del contrato. El acuerdo genera obligaciones recíprocas que deben cumplirse.

3.- En caso de sentencia o laudo ejecutoriados, la entidad contratante debe cumplir con lo resuelto por los jueces o árbitros so pena de incumplimiento.

En toda transacción, sea comercial o no, existen desacuerdos de las partes que deben ser solucionadas en derecho. La justicia ordinaria se ha caracterizado por ser lenta y complicada razón por la cual los medios alternativos de solución de controversias ha sido una práctica acogida en la contratación pública. Las partes, de acuerdo con la ley, podrán acogerse al arbitraje solamente en derecho, tal como lo dispone el Art.109 de la Constitución de la República del Ecuador, en cualquiera de los centros de arbitraje reconocidos por la ley y sus resoluciones tienen fuerza de sentencia. De hecho los pliegos obligatorios del SERCOP incorporan la cláusula arbitral para resolución de conflictos como alternativa de resolverlos ante el Tribunal Contencioso Administrativo previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, según reza el Art.11 de la ley orgánica de esta institución.

Incluso la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial 306 del 22 de octubre del 2010, admite la posibilidad de aceptar otra jurisdicción y competencia extranjera para la solución de conflictos mediante arbitraje internacional derivados de contratos celebrados entre el Estado y entidades extranjeras. Igual se aplica la Convención de New York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extrajeras suscrita el 10 de junio de 1958 y ratificada por el poder legislativo mediante Resoluciones publicadas en los registros oficiales N. 293 del 19 de agosto de 1961 y N.43 del 29 de diciembre de 1961.

4.- Por declaración unilateral por incumplimiento del contratista el ente público debe establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuera del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista 10 días para realizar tal pago caso contrario deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses. De ser del caso exigirá la devolución del monto del anticipo no devengado o la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo.

También la entidad contratante tendrá derecho a demandar la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Igualmente, declarada la terminación unilateral la entidad contratante podrá volver a contratar nuevamente

la misma obra por medio del proceso de cotización. (Arts. 92, 94, 95 de la LOSNCP)

5.- Por muerte del contratista o disolución de la persona jurídica. La entidad contratante procederá a informar a las autoridades respectivas a fin de que se precautele los intereses patrimoniales públicos.

6.- Si existe incumplimiento de contrato cualquiera de las partes podrá demandar en contra de los funcionarios por cuya acción la entidad incumplió sus obligaciones contractuales.

7.- En forma posterior a la ejecución del contrato y hasta por un plazo de 5 años los consultores serán responsables de la validez científica y técnica y presupuestaria de los servicios contratados, aspecto que de verificarse la entidad contratante tiene la obligación de activarlos.

2.9.1.7.- Régimen de Responsabilidades

El Art. 99 de la LSNCP establece una normativa relacionada con el sistema de responsabilidad que no solo tienen que ver con el cumplimiento o incumplimiento del contrato por parte del ente estatal o del contratista sino que abarca infracciones administrativas que pueden derivar en responsabilidades incluso penales.

Este sistema de imputación se refiere a procedimientos precontractuales. Es decir el ámbito procedimental de la infracción es la etapa precontractual en relación con la oferta presentada sin que se pueda reclamar a la administración en el caso de no favorabilidad a sus pretensiones.

Existe una responsabilidad solidaria del cumplimiento de la oferta y del contrato entre los socios del consorcio no así de los socios de las compañías, entendiendo que el consorcio no es una persona jurídica.

La ejecución del contrato es indivisible. Es decir, internamente dentro del consorcio puede haber una división en la ejecución del contrato pero esto no es válido como excusa frente a la administración pública. Este tipo de incum-

plimiento generará un lastre en cuanto a la idoneidad y experiencia de cada uno de los partícipes del consorcio.

La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

La Entidad contratante, obligatoriamente seguirá la acción correspondiente, en contra de él o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión la entidad debió indemnizar a contratistas o proveedores, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales. Su omisión podría constituirse en una infracción penal.

Será causal de cesación de funciones por destitución o desvinculación sin derecho a indemnización alguna, tanto en el régimen común como en el especial, el servidor público, empleado u obrero de una empresa pública, o quien tenga relación laboral con el Estado a través de las entidades a las que se refiere el artículo 1 de esta Ley, luego del debido proceso pertinente por el hecho de aceptar invitaciones, viajes de observación, giras promocionales, atenciones sociales, invitaciones institucionales o promocionales, o cualquier otro tipo de evento solventado por el oferente o contratante, para sí, para miembros de su familia o terceros a nombre del servidor público, empleado u obrero de una empresa pública o quien tenga relación laboral con el Estado, lo que será sancionado de conformidad con la Ley correspondiente.[162]

Las entidades contratantes están prohibidas de incluir en el presupuesto referencial y en el precio del contrato los costos de cualquier reunión de trabajo, visita, inspección, recepción, proceso de capacitación, transferencia de conocimiento, entre otros. Se exceptúa de esta disposición los eventos de transferencia de conocimiento que sea en fábrica o para eventos de alta especialidad tecnológica o del conocimiento que estará previsto en el reglamento de aplicación a esta Ley, en todo caso los costos de estas actividades los cubrirá la entidad contratante mediante la aplicación de la normativa correspondiente.

162. En Korea del Sur la nueva ley prohíbe a los periodistas, funcionarios y profesores recibir obsequios por un valor superior a 50.000 wones, y limita a 100.000 wones los regalos en metálico con motivo de bodas y funerales.Los que acepten presentes de más de un millón de wones se exponen a tres años de cárcel, o al pago de una multa de 30 millones de wones. http://www.teletica.com/Noticias/138053-Los-almuerzos-a-cambio-de-favores-tienen-los-dias-contados-en-Corea-del-Sur.note.aspx Ultima consulta el 30 de septiembre del 2016 a las 11h21..

CAPITULO III

3.1.- CORRUPCIÓN Y TIPOS DE PROCEDIMIENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1.1.- Generalidades

El objeto del sistema nacional de contratación pública es la contratación de la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios incluido los de consultoría. Los procedimientos contractuales que contempla la LOSNCP a través de los cuales se pueden realizar y operar estas diversas modalidades de contratación pública se dividen en:

3.1.1.1.- Procedimientos Dinámicos.

Reconocido en el Capítulo II de la LOSNCP como un conjunto de acciones encaminadas a adquirir bienes y servicios normalizados que según consten o no en el catálogo electrónico se utilizan diversos procesos como el de Compras por Catálogo, Subasta Inversa. La particularidad de estos procesos dinámicos estriba en el hecho de que para la adquisición las entidades públicas contratantes utilizan mecanismos electrónicos aprovechando las tecnologías que ofrece la red de internet para hacerlo de manera directa y en lo posible sin intermediarios.

3.1.1.2.- La Licitación

Es un procedimiento que se utiliza como subsidiario de los Procedimientos Dinámicos, es decir cuando las adquisiciones de bienes normalizados no se hubieran podido adquirir por ese procedimiento electrónico o ese procedimiento hubiese sido declarado desierto.

Pero en función de la cuantía también se puede adquirir bienes y servicios no normalizados y la ejecución de obras en función del monto presupuestado con referencia al Presupuesto Inicial del Estado. Existe la conformación de una Comisión Técnica y la convocatoria es amplia y abierta al mayor número de oferentes. No se utiliza para consultorías.

3.1.1.3.- Procedimientos de Cotización y Menor Cuantía.

El procedimiento de Cotización se lo utiliza cuando los Procedimientos Dinámicos no se pudieron realizar o si hubieran sido declarados desiertos. La diferencia con la Licitación es que la cuantía de la adquisición es aún menor. Por esta razón eventualmente puede existir Comisión Técnica ni convocatoria para que participen muchos oferentes, por el contrario, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá invitar únicamente a por lo menos 5 oferentes registrados en el RUP.

El proceso de Menor Cuantía se aplica de manera similar a la Cotización con diferencia de que se aplica cuando el presupuesto referencial es aún menor que el de cotización. La diferencia es que la contratación de los bienes y servicios normalizados o no normalizados se los hace directamente, luego de recaudar tres ofertas previamente. Las contrataciones de obras se adjudicarán por sorteo.

En estos procedimiento de Cotización y Menor Cuantía se privilegiará la contratación de las micro, pequeñas y medianas empresas y profesionales domiciliados en el lugar y que no es sino la expresión legal del principio constitucional de igualdad sustancial a través de acciones afirmativas en favor de la parte más débil de los proveedores.

La Resolución SERCOP N. 97 del 2013 prescribe que previo a la realización de un procedimiento de menor cuantía de bienes y servicios, las entidades contratantes deberán realizar un proceso de identificación de las micro o pequeñas empresas pertenecientes al sector de la economía popular y solidara que provean los bienes y servicios de origen ecuatoriano a fin de constituir una lista de proveedores a participar.

3.1.1.4.- Procedimientos Especiales.

a.-El contrato Integral por Precio Fijo. En el Capítulo V Sección 1ª consta como procedimiento especial la Contratación Integral a Precio Fijo que en sí no es ningún procedimiento especial porque el Art. 54 de la LOSNCP remite a que ésta se efectuará mediante el procedimiento de la Licitación. No es especial en función del procedimiento para contratar sino sobre el contenido las cláusulas del pliego de condiciones que obligatoriamente se incorporarán al contrato sin que puedan ser negociadas por las partes.

b.- La contratación en situaciones de emergencia simplemente no es un procedimiento porque la contratación se la hace de manera directa. Por eso es cuestionada porque por principio donde existe procedimiento existe control y aquí existirá control pero a posteriori, cuando ya está contratado. Quizá por eso es especial. El procedimiento de adquisición utilizado por la máxima autoridad es discrecional.

La adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles sí es un procedimiento especial porque la naturaleza de la transacción de adquisición de estos bienes es diferente a las otras prestaciones y tiene ciertas características diferentes a los demás. Cuando se trata de bienes inmuebles pertenecientes al Estado debe participar obligatoriamente INMOBILIAR.

3.1.1.5.- La Contratación de Consultoría

Prevista en la sección 2da del Capítulo I Título III de Los Procedimientos es considerado como un procedimiento especial, al igual que la Contratación Integral a Plazo Fijo, porque en ambos casos se refieren al objeto de la contratación que son la ejecución de obras (caso de la contratación integral), y de servicios, que es el caso de la Consultoría.

Por los montos que se presupuestan para contratar estos servicios se hacen uso de otros procedimientos de contratación como es el caso de la Contratación Directa Reglada por al Art.36 del Reglamento (existe la contratación

directa no reglada o discrecional, como en el caso de emergencia); esta contratación directa funciona en ínfimas cuantías, luego de obtener tres proformas en el mercado.

También se utiliza la contratación mediante Lista Corta cuando el valor presupuestado es mayor (En este caso utilizando se invita hasta 6 consultores y se adjudica a uno de ellos previa negociación). En el caso del Concurso Público se lo utiliza cuando el presupuesto es aún mayor que el anterior; la invitación a que participen es más abierta porque se la realiza por medio del portal de compras públicas, adjudicándose a la mejor oferta negociada.

La Resolución del SERCOP N. 014-2014 contiene una serie de disposiciones encaminadas a actualizar la fórmula sobre la cual se debe asignar el puntaje de la oferta económica aplicada a los procedimientos de cotización y licitación de obras, bienes y servicios, contratación directa, lista corta y concurso publico de consultoría.

3.2.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN.

Existen varios tipos de procedimientos o herramientas que pueden utilizar las entidades contratantes en función del monto referencial presupuestado para ese bien, obra o servicio. En relación al monto de los mismos ver el cuadro en función de los costos y en función del Presupuesto Inicial del Estado.

Un compendio general de las características procedimentales en cada uno de las herramientas que contienen la LOSNCP describimos a continuación, no sin antes hacer referencia a los posibles actos de corrupción que podrían engendrarse en cada uno de ellos:

3.2.1.- Convenio Marco y Compras por Catálogo.

Antes creemos que es necesario identificar ciertos términos para una mejor comprensión de los conceptos. Según la Procuraduría General del Estado los

bienes y servicios se pueden considerar normalizados u homologados cuando sus características son estandarizadas, estén o no incluidos en el catálogo electrónico. Mientras que son bienes o servicios catalogados aquellos bienes y servicios normalizados que además han sido incorporados por el SERCOP al Catálogo Electrónico.[163]

Según el SERCOP, las Compras por Catálogo es una herramienta mediante la cual las Entidades Contratantes pueden adquirir bienes y servicios normalizados de una forma ágil y con un importante porcentaje de ahorro para el Estado, puesto que los proveedores que deseen registrar sus productos en esta herramienta, deberán ofertar las mejores condiciones técnicas y económicas, dado el volumen de compra que ofrece el Estado

Pese a que esta modalidad todavía no se encuentra plenamente desarrollada, no es un desacierto asegurar que tiene un alto riesgo de exclusión de proveedores y por ende de creación de monopolios, de afectación de proveedores locales y restricciones a la libre competencia. ¿Por qué?. De acuerdo al Art. 43 de la LOSNCP el SERCOP selecciona previamente a los proveedores con algunos de los cuales (Por no decir con el único dependiendo de cada bien) y firma convenios marco en base a los que se ofertarán en el catálogo electrónico de bienes y servicios normalizados para que éstos a su vez sean adquiridos o contratados de manera directa por todas las entidades contratantes públicas interesadas en ese tipo de prestaciones, con la ventaja de hacerlo a precios más reducidos.

Nos imaginamos la lucha de los proveedores por ser los únicos seleccionados por el SERCOP para ofertar sus productos en el portal de COMPRASPUBLICAS. Este procedimiento deja poco espacio e iniciativa para que los funcionarios públicos de las entidades contratantes puedan mejorar las ofertas en cuanto al precio y a la calidad. Se habilita la posibilidad de que las entidades contratantes obtengan mejores ofertas con mejores costos en comparación con las que están publicadas en el catálogo electrónico y se condiciona a informar al SERCOP para que esa oferta se extienda al resto de contratantes.

En la práctica, esta mecánica de contratación ignora que un mismo producto tiene diferente el precio y hasta calidad de acuerdo al tiempo y a la

163. RO-S 106: 12 de enero del 2010.

distancia existente entre proveedor y consumidor, situación que puede ser, y de hecho lo es, aprovechado por los proveedores locales. Mil quintales de cemento Rocafuerte requeridos por el Municipio de Ambato tiene un costo superior a los mismos mil quintales de cemento producido en la provincia de Chimborazo, pero ésta última compañía no podría ofertarlos a un precio menor a la del portal porque el SERCOP exigiría que se oferte al mismo precio para quien lo quiera comprar en la Provincia de Sucumbíos o de Esmeraldas. La distancia es directamente proporcional al costo de transporte y al costo total de la compra. Estas ventajas comparativas no se las puede aprovechar a través del SERCOP porque se vuelve burocrático y no es de la conveniencia de los proveedores, dejando en todo caso que el costo lo asuma la entidad contratante con el evidente perjuicio que representa.

En relación con los gobierno locales, al exigírseles que se atengan a lo que existe en el catálogo electrónico la oferta de los productores locales se verá afectada en gran medida porque estos contratistas tendrán que bajar los precios en perjuicio probablemente de la calidad de la obra o bien para que puedan competir con precios competitivos a los ofertados por los grandes productores que ofrecen en el portal de COMPRASPUBLICAS.[164]

En otras palabras, el contratar por este medio la compra de bienes normalizados tienen el riesgo de que esos bienes sean sobrevaluados o subvaluados con el consiguiente peligro de que la selección de los proveedores permitidos para que oferten sus productos en el portal de compras públicas posibiliten la existencia de algún margen de corrupción en los altos niveles de la administración[165].

164. Las Resoluciones INCOP N. 059.2012 y la Resolución 61-2012 , derogadas, regulaban este situación en el sentido de que los productos ofertados en subastas inversas van a tender a la bajo probablemente en detrimento de la calidad que es muy difícil de verificar sobre todo cuando se trata de medicamentos. Por esta razón el INCOP deja sin efecto los convenios marco esperando a que se vuelva a realizar con los precios más bajos ofertados en la subasta inversa. Cabe preguntar si es igual ofertar a ese precio al IESS por una cantidad considerable que ofertar al hospital de Azogues en el mismo precio . Ahora la Resolución RE-SERCOP N.0024 DEL 28 de Enero del 2015 regula este procedimiento.

165. Un ejemplo de la forma cómo el Estado negocia con los proveedores y luego firma convenios marco es el concretado en la Resolución del INCOP N 09-2008 del 24 de noviembre del 2008 en la que todas las entidades públicas deben contratar la adquisición de vehículos en base al convenio marco celebrado por el INCOP con varias firmas proveedoras de autos que son previamente seleccionadas. Cuál es el criterio de selección? Si se tratan de bienes normalizados que mediante una negociación directa puede conseguirse resultados más ventajosos para una entidad y con un proveedor no seleccionado. Considero discriminatorio este procedimiento que más bien parece diferencial que deferencial puesto que el no ser seleccionado no quiere decir que no está habilitado en el RUP.

La selección de proveedores para la suscripción del convenio marco se lo realiza siguiendo el procedimiento contemplado en la Resolución RE – SERCOP N. 0029 del 28 de enero del 2015.

El Convenio Marco es el medio por el cual el SNCP selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios será incorporado al catálogo electrónico del portal del institucional a excepción de los referidos a las ferias inclusivas que tienen su propio procedimiento.

El SERCOP resume este proceso a los siguientes pasos:

Una vez realizados los Convenios Marco con los proveedores para la adquisición de bienes y servicios normalizados, que requieran en forma recurrente las Entidades Contratantes, ésta herramienta permite crear un catálogo electrónico de bienes y servicios desde el cual podrán realizar sus adquisiciones en forma directa el resto de entidades contratantes. Sus funcionalidades principales son:

-Programar los procesos de licitación para convenio marco;

-Registrar los Convenios Marco vigentes;

-Elaborar el catálogo electrónico, una tienda virtual.

Los beneficios de esta herramienta son:

- Tiempo mínimo del proceso de contratación, 1 o 2 días;

- Adquisición directa de bienes y servicios normalizados de mayor demanda

- Disminuye los costos de inventario

- Disminuye el plazo de entrega.

- Mejores precios del mercado, para todas las Entidades del Estado.

- Servicio disponible las 24 horas, los 365 días del año.

La Resolución del SERCOP cubre un vacío dejado por la Ley y el Re-

glamento dejando en claro cuáles son los requerimientos y presupuestos de utilización de este mecanismo de compra electrónica:

1.- Aplicable a todos los procedimientos de selección de proveedores para la celebración de convenios marco y posterior publicación de los bienes y servicios normalizados en el catálogo electrónico del portal de compras públicas.

2.-Son sujetos para la celebración de los convenios marco: el SERCOP y los proveedores seleccionados y registrados en el RUP, de manera individual o en consorcio.

3.- El objeto de la selección de proveedores se circunscribe a la suscripción de un acuerdo marco en el que se oferten en el catálogo electrónico los precios más bajos para que se los adquiera de manera directa cuando las entidades contratantes lo requieran.

4.-Para la selección de proveedores se conformará una Comisión Técnica designada por el SERCOP y de subcomisiones de apoyo de ser necesario.

5.- Una vez analizados todos los productos, precios, condiciones se firma un acuerdo con los proveedores y se publica en el portal de compras públicas para su difusión.

3.2.2.- Subasta Inversa Electrónica.

En el portal de COMPRASPUBLICAS se señala que es una herramienta utilizada para maximizar el ahorro del Estado, por la que la adjudicación es realizada a los oferentes que mejores precios ofertan en una subasta virtual de bienes y servicios NORMALIZADOS. La Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento dinámico de contratación utilizada para adquirir bienes y servicios normalizados, es decir, aquellos cuyas especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la Entidad Contratante con el fin de que puedan ser comparables en igualdad de condiciones y donde los ofertantes pujan con el precio hacia la baja. La puja es una etapa del procedimiento de la Subasta Inversa Electrónica en la cual el ofertante envía sus ofertas económicas hacia la baja en base al porcentaje de variación mínima de la oferta esta-

blecida en los pliegos y que se refiere al presupuesto referencial. Por ejemplo, si el presupuesto referencial es de $25000, y la variación mínima de la oferta es el 0,5%, el monto de reducción de la oferta en cada puja debe ser mayor o igual a $125. 97

El comercio electrónico es toda actividad de intercambio por medios electrónicos de bienes, obras o servicios. Se genera una relación jurídica con los mismos efectos tradicionales que las transacciones físicas. En derecho público, las adquisiciones que el Estado hace por este medio también generan efectos legales vinculantes y en Ecuador cuenta con un marco regulatorio operante a través del portal de COMPRASPUBLICAS que lo administra el SERCOP.

La inmensa utilidad de la red de internet para la realización de compras públicas ha permitido el desarrollo de múltiples ventajas enfocadas a generar transparencia y condiciones iguales de competitividad y levantar barreras a la corrupción en esta área.

Existen dos modalidades de comercio electrónico público que es el que se realiza en el Ecuador: la subasta inversa electrónica y las compras electrónicas por catálogo, aunque a futuro debería incrementarse la posibilidad de que también exista la licitación electrónica como en otros países.

Así como las compras tradicionales basadas en el papel tienen sus principios, las compras electrónicas realizadas a través del portal de compras públicas tienen condiciones que deben ser estrictamente observadas, como por ejemplo: la observancia del principio de transparencia, no discriminación, la igualdad de acceso, la libre competencia, la responsabilidad, la seguridad en el proceso. La implementación de la utilización obligatoria, por ejemplo, de las firmas electrónicas o la no inter operatividad del sistema para recibir participación de oferentes del extranjero, o el cobro del costo de mantenimiento del sistema, pueden afectar seriamente la vigencia de estos principios.

Este sistema de compras vía electrónica es uno de los mecanismos más reconocidos a nivel mundial y realmente ha contribuido a bajar las índices de corrupción y de participación burocrática en la contratación pública. Varios países lo han implementado desde hace varios años atrás con resultados

positivos de ahorro nacional. Incluso es un sistema que recomienda varios organismos internacionales como la Convención Contra la Corrupción de las Naciones Unidas, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y hasta los tratados de libre comercio con los países desarrollados.[166]

En nuestro País, se encuentra regulada en el Capítulo II de los Procedimientos Dinámicos, Arts. 43 a 47 de la LOSNCP. A la subasta inversa se la utiliza cuando no es posible la adquisición de bienes y servicios normalizados mediante compras por catálogo electrónico. Nuestra ley prevé la utilización del portal para la puja hacia la baja de los bienes ofertados. Admite la posibilidad de que se pueda dar la subasta inversa presencial que tendría procedimiento similar al de la subasta inversa electrónica pero en forma presencial, tal como se desprende del Art.47 de la LOSNCP (los proveedores pueden pujar hacia la baja en el precio ofertado en acto público o por medios electrónicos a través del portal de COMPRASPUBLICAS). Esta es una posibilidad en lugares en donde no se pueda utilizar los medios informáticos necesarios.[167]

Si bien es cierto que esta modalidad en la contratación pública permite exigir especificaciones técnicas en el caso de bienes, referencias en el caso de servicios, también es cierto que usualmente el adjudicatario no cumple o no puede cumplir con los estándares de calidad de los productos contratados. Así por ejemplo en vez de entregar papel bond A4 de 75 gramos el proveedor entrega papel de 70 gramos. Se dice que esta modalidad de contratación es un tanto excluyente en razón de que solo permite discutir el precio y no se puede demandar o exigir mejoras en los productos que se desea contratar. Un caso de protesta reiterativo y que ha generado protestas en los afectados se dio con la contratación por esta vía de la provisión de medicamentos genéricos para el IESS en el que la calidad o la pureza de los mismos no se discute sino únicamente los precios. De esta forma se han entregado genéricos mezclados o adulterados que en vez de convertirse en un ahorro real y efectivo, se han convertido en una pérdida mayor por los gastos generados en corregirlos. En

166. III Conferencia de las Américas sobre Compras gubernamentales celebrada el 28,29 y 30 de noviembre del 2006, realizada en Lima-Perú, recomienda la utilización de las nuevas modalidades y herramientas de contratación pública como la subasta inversa electrónica que ha ahorrado al Brasil, por ejemplo, cerca del 20% del presupuesto para compras.

167. Ver además Resolución del SERCOP N. 020-2009 del 12 de mayo del 2009 que regula el procedimiento de la convocatoria, calificación, formación de la comisión técnica, etc, dl procedimiento de subasta inversa electrónica.

otras palabras, en la adquisición de bienes hay muchos artículos que aparentemente cumplen con las especificaciones técnicas colgadas en el catálogo pero que son de baja calidad obligando a los proveedores a realizar importaciones o a producir bienes sin ningún tipo de garantía en la calidad de uso que puedan tener.

Pese a que, incluso a nivel internacional, esta herramienta de la subasta inversa es considerada la más transparente en cuanto a la libre concurrencia de ofertantes, la corrupción también ha encontrado en ella su espacio aunque no siempre los recursos fraudulentos se ubican en el momento contractual de la puja sino en la elaboración de las bases que es el lugar propicio para trabajar en función de determinado oferente.

¿Cuál puede ser la finalidad de que la entidad contratante convoque por tres ocasiones a un concurso de subasta inversa con las mismas bases elaboradas por la propia institución contratante, luego adjudique a la ganadora y finalmente declare desierta de oficio y deje sin efecto el acto administrativo de la adjudicación porque los precios referenciales estaban muy elevados?. Quiere decir esto que en la mayoría de los casos esos estudios técnicos para determinar los precios referenciales no fueron elaborados por los técnicos de las entidades contratantes sino por aquellos que se creían potenciales adjudicatarios y que al no ser favorecidos envía fuera de concurso la oferta con los verdaderos precios. Este es un acto típico de colusión.[168]

168. El INEC frena un contrato y verifica posible sobreprecio. Escrito por XAVIER REYES - PAÚL MENA M. Aunque el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) adjudicó hace mes y medio la impresión de boletas, formularios y manuales del Censo de Población y Vivienda a la Imprenta Taski, la firma del contrato aún es incierta.Todo depende de que los informes finales –que deben estar concluidos en esta semana– determinen si hubo o no un sobreprecio en el valor de referencia, de $ 7,3 millones, con el que el INEC sacó el concurso.Por disposición presidencial, el censo debe realizarse el próximo 28 de noviembre.Hasta ahora se han efectuado tres intentos por adjudicar la impresión.Los dos primeros "se cayeron" luego de que se detectaron irregularidades. El tercero se encuentra en stand by.El primer concurso fue lanzado el 23 de abril de este año.El INEC recibió nueve propuestas. Luego de revisarlas, pidió a las empresas que hagan varias correcciones. Este es un procedimiento previsto en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.Sin embargo, la Comisión de Apoyo, nombrada para este proceso, no logró subir todas las rectificaciones al portal de Compras Públicas .La justificación fue que tuvo poco tiempo para realizar ese trabajo y que el sistema se bloqueó automáticamente. Por esa razón, el 6 de mayo el INEC resolvió declarar desierto al proceso.El segundo intento empezó el 10 de mayo; sin embargo, esta vez hubo nuevos inconvenientes y el proceso estuvo marcado por varios reclamos e irregularidades. Imprenta R..., una de las participantes, expresó su malestar porque supuestamente el valor referencial (de $ 7,3 millones) era excesivo para las tareas que quería encargar el INEC.En uno de sus comentarios publicados en el portal de Compras Públicas –en la fase de preguntas y respuestas– dijo que la pujapodíampezarcon $4,5millones.Por otra parte, el Instituto Nacional de Compras Públicas

De manera similar, en el caso del participante único en la subasta inversa electrónica la Procuraduría General del Estado ha emitido un criterio vinculante muy importante porque aprovechando de la confusión y contradicción existente en el Art. 33 de la LOSNCP y el Art. 48 del Reglamento a la misma ley, ciertos funcionarios de acuerdo a la conveniencia e interés personal aplicaban indistintamente una de las alternativas contempladas en estas normas.

Textualmente la Resolución dice: *"Con respecto a la aplicación de los artículos 33 de la Ley de la materia y 48 de su Reglamento General y la existencia de un oferente único calificado, esta Procuraduría se pronunció en oficio 09751 del 6 de octubre del 2009 en el sentido de que el conflicto entre el Art.33 numeral 1 de la LOSNCP y el art.48 del reglamento de aplicación debe ser resuelto aplicando la norma legal que por su jerarquía prevalece, por lo que de presentarse una sola oferta técnica deberá continuarse con el proceso de selección y adjudicación del respectivo contrato, de considerarse*

... dijo que la pujapodíampezarcon $4,5millones.Por otra parte, el Instituto Nacional de Compras Públicas (Incop) realizó, por su cuenta, una verificación de los datos entregados por las firmas participantes y encontró que Taski, Assenda y Poligráfica presentaron documentación incorrecta en el Registro Único de Proveedores(RUP).La información que habían consignado las compañías les permitía ser consideradas como empresas pequeñas y nacionales, lo que –en una subasta inversa– les otorgaría la prioridad frente a las compañías grandes o extranjeras. Para sacar sus conclusiones, el informe del Incop se basó en un cruce de datos con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Servicio de Rentas Internas y la Superintendencia de Compañías.En su informe final, el Incop sugirió la suspensión definitiva del proceso y aclaró que la última palabra la tenía el INEC. Finalmente,el17de junio, se declaró desierto el concurso. Cinco días después, el 22, apareció en la página web de Compras Públicas la apertura del tercer proceso. En la puja, que se realizó el 9 de julio pasado, participaron cuatro empresas. Con una oferta de $ 6,5 millones, ganó Taski, de propiedad de Óar, quien fue ministro de Gobierno en el régimen de LGu. Hubo aplausos entre los asistentes al auditorio del INEC, adonde incluso fue invitada la prensa.El12dejulio,el INEC suscribió la adjudicación. Sin embargo, la firma del contrato aún está pendiente, porque el INEC, cuatro días después de adjudicar la impresión de las boletas y manuales del censo, decidió consultar a otras instituciones sobre el precio. ¿Por qué el director del INEC decide verificar el precio de referencia cuando ya se había adjudicado el contrato a Tas,por$6,5millones?Según V..., "cinco minutos" antes del inicio de la puja la Imprenta Maris –que fue descalificada por presentar su propuesta incompleta– envió una carta en la que le proponía hacer todo el trabajo por $ 2,5 millones.Esa carta le dio un giro al proceso y frenó las intenciones del INEC de firmar el contrato con Tas. El director de esa institución pidió a la Contraloría que realice un examen especial al proceso y la Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión también abrió una investigación al respecto. Adicionalmente, el 16 de julio, B Vi... solicitó a las escuelas politécnicas del Litoral (Espol), del Ejército (ESPE) y Nacional (EPN) que cada una cotice el precio del contrato.Óa de Tas, dijo no conocer de los problemas para la firma del contrato entre su empresa y el INEC. Mientras que V advirtió que solo se lo suscribirá luego de que las politécnicas presenten sus informes. Una de las tres escuelas politécnicas ya entregó su informe y este sostiene que –luego de hacer las respectivas cotizaciones– el costo de la impresión de las boletas, manuales y formularios del Censo de Población y Vivienda no debería ser mayor a los $ 2,4 millones, informó una fuente vinculada con el proceso. V... no descartó repetir todo el proceso, aunque la adjudicación a favor de T ya está firmada. El Universo, Lunes 23 de agosto del 2010 Guayaquil, Ecuador).(Ver también en periódico Más Noticias del 23 de septiembre del 2010.

conveniente a los intereses institucionales, concluyendo además, que en los procedimientos de subasta inversa electrónica en los que una sola oferta técnica hubiere sido calificada , se puede adjudicar el contrato al único oferente calificado y habilitado, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en los pliegos y además su oferta económica sea inferior al precio referencial establecido por la entidad contratante. La situación presentada dentro del proceso de selección que motiva su consulta no configura la causal del Art.48, numeral 3(ii) del Reglamento General de la LOSNCP; y por lo tanto, no ha lugar a la Declaratoria de Desierto, pues, se entiende que todos presentaron su oferta económica inicial, luego de haber sido calificado por la máxima autoridad y lo que ocurrió fue que, no todos participaron en la puja, y aquello es previsible puesto que su participación es voluntaria, entendiéndose que los oferentes que no pujaron se mantienen en su oferta económica inicial, de conformidad con lo dispuesto en el Art.45 del Reglamento a la LOSNCP por lo que el procedimiento a seguir, toda vez que ya se ha adjudicado el contrato, es la suscripción del mismo, de conformidad con la LOSNCP y su Reglamento general. Tanto la adjudicación como la determinación de la conveniencia de suscribir el contrato en los términos en los que han sido motivados corresponde a la máxima autoridad de la Municipalidad de Riobamba en base al informe de calificación de las ofertas técnicas y al proceso de puja efectuado dentro del procedimiento de subasta inversa electrónica.RO 143: 4 de marzo -2010 "

Es decir, según este pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado en caso de existir una sola persona calificada en el proceso de subasta inversa electrónica debe considerarse los siguientes aspectos:

1.- El conflicto entre el Art.33 numeral 1 de la LOSNCP y el art.48 del Reglamento se resuelve aplicando la norma jerárquicamente superior, es decir, la LOSNCP , por lo que de presentarse una sola oferta técnica deberá continuarse con el proceso de selección y adjudicación del respectivo contrato.

2.- Además, si conviene a los intereses institucionales, electrónica en los que una sola oferta técnica hubiere sido calificada, se puede adjudicar el contrato al único oferente calificado y habilitado, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en los pliegos y además su oferta económica sea inferior al precio referencial establecido por la entidad contratante.

3.- Si son calificadas para la puja varios oferentes y solo uno de ellos participa en ella, la no actuación de los otros debe considerarse como un acto de mantenimiento de su oferta económica inicial, en los términos del Art.45 del Reglamento que textualmente dice: "...Las ofertas económicas inicial es presentadas a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aun cuando no participare en el acto de la puja. De no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de adjudicatario, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 19 numeral 1 de la Ley...". El subrayado es nuestro.

Es decir, la no participación en la puja del ofertante no le enerva la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones derivadas de la oferta puesto que puede ser adjudicado sin participar en la puja. De no asumir esa responsabilidad de adjudicatario, se someterá al régimen de sanciones incluida su inhabilidad en el RUP por adjudicatario fallido.

No podemos dejar de mencionar que las adjudicaciones realizadas por subasta inversa tienen una importante consecuencia, y esta es que los precios que se fijaron para la compra de los productos obliga al SERCOP, bajo el justificativo de velar por la calidad del gasto público, a suspender los convenios marco para la compra por catálogo de esos mismo productos hasta que no se negocie la posibilidad de que los precios que antes constaban en el Catálogo tengan los mismos precios bajos que constaban en la subasta inversa.

3.2.3.- Compras Corporativas.

El Art.29 de la LOSNCP incorpora esta modalidad de compras públicas con el objeto de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala. Para ello dos o más entidades contratantes podrán firmar convenios interinstitucionales con el fin de realizar en forma conjunta un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común no prestación de servicios incluidos los de consultoría, con procedimientos que se realizarán de acuerdo al monto.

De manera similar a la anterior esta modalidad de adquisición tiene la

tendencia de incentivar la práctica de fortalecer los grandes monopolios de proveedores. Es cierto que es posible obtener, de los proveedores grandes, un buen precio por el tamaño importante del volumen de adquisición conjunta; pero es cierto también que los proveedores chicos van a ser afectados. No podemos dejar de insistir que el Estado es el gran poder dinamizador de la economía local por lo que siempre existe el peligro de que la mayor parte de sus recursos destinados a la contratación pública estén orientados a consolidar y fortalecer los grandes grupos de poder económico en detrimento de los pequeños y medianos proveedores. Es un lugar común para los ciudadanos del País que los grandes grupos financieros-comerciales se consolidan a base del soborno y de las coimas a ciertos funcionarios para la obtención o el favorecimiento de estos contratos.

3.2.4.- Lista Corta

Para consultoría, es una herramienta utilizada para las contrataciones de servicios profesionales de un consultor o empresa consultora cuyo presupuesto referencial sea desde el 0,000002 y hasta el 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

3.2.5.- Licitación Pública

La Licitación es una herramienta utilizada para:

Las contrataciones de bienes y servicios NO NORMALIZADOS, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea mayor al 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Las contrataciones de bienes y servicios NORMALIZADOS que una vez aplicado el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea mayor al 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Para la contratación de obras, es una herramienta utilizada para las contrataciones de obras cuyo presupuesto referencial sea mayor al 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

De acuerdo con el Art.48 y Art.53 de la LOSNCP y del Art. 38 del Reglamento a la misma ley el Concurso Público y la Licitación son procedimientos muy reglados y sobre los que existen más controles que los demás procesos. El concurso se utiliza únicamente para la contratación del servicio de consultoría en dos casos: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado y en el caso de que en el procedimiento de lista corta no se presentaren ofertas o si las presentadas hubieren sido rechazadas. En este caso la entidad contratante podrá realizar un nuevo proceso de contratación conformando una nueva lista corta o en su defecto iniciar un proceso de concurso público.

La Licitación se utiliza preferentemente para la contratación de bienes y servicios no normalizados (Presupuesto referencial es mayor a PIE x 0,000015), para la ejecución de obras (Presupuesto referencial mayor a PIEx0,00003), y para bienes y servicios no normalizados cuando no se puedan efectuar mediante los procedimientos dinámicos.

Por el monto considerable que se destina para estos procesos de contratación son los procedimientos de adquisición que más controles tienen y más transparentes son, sin embargo son de los que más están al acecho los monopolios privados y los corruptores de la contratación pública, quienes no escatiman el tamaño de las comisiones que están dispuestos a entregar a ciertos funcionarios públicos involucrados en el proceso licitatorio o concursal. Pero a pesar de ser los más controlados han existido muchos casos que han escandalizado a la opinión pública sean porque los sobornos se han puesto ha descubierto por la misma prensa o por las acciones de la Contraloría General del Estado o por otros organismos del Estado.

Es tal la magnitud del interés de los contratistas coimeros que éstos empiezan a trabajar mucho más antes que se convoque a licitación moviendo el engranaje de las instituciones contratantes mediante sobornos para que estas convocatorias tengan un direccionamiento a su favor. Así, tienen influencia para conformar la Comisión Técnica para consecuentemente tener las bases

hechas a su medida para ganar. Pero no solo ganan fraudulentamente sino que influyen para que los precios referenciales sean lo más alto para ganar más y para pagar los sobornos. Otro mecanismo fraudulento grave es aquel en donde ganan el concurso o la licitación pero la ejecución de la obra se lleva a cabo con deficiencias en la calidad y en la cantidad con la complicidad o no de los funcionarios fiscalizadores, generándose adjudicaciones indebidas por ineficiencia o por inmoralidad. Esto porque un licitación que ha sido efectuada sobre bases o exigencias precontractuales, contenidas en los pliegos, incorrectamente especificados tanto en el aspecto técnico como en el aspecto económico, conducen a resultados desastrosos de pérdidas considerables de los recursos públicos.

Cuál es la diferencia entre el concurso y la licitación? La diferencia radica en que el concurso está referido a las capacidades, conocimientos y calidades de las personas naturales o empresas a contratar, mientras que la licitación toma en cuenta criterios más técnicos, sobre el bien o el servicio objeto del contrato en relación a montos más altos.

De acuerdo con el SERCOP, el proceso de licitación es una herramienta que se emplea cuando no sea posible utilizar las dos herramientas anteriores y para contratar bienes o servicios no normalizados. Sus características son:

1.- Es un proceso que se maneja a través del portal, desde la fase de publicación de la convocatoria hasta la entrega de las ofertas.

2.- Permite el envío de ofertas, la solución de preguntas una pre-evaluación. Avala la identidad de los participantes y la confidencialidad e integridad de la información.

3.2.6.- Concurso Público.

En esencia es el mecanismo de selección en donde se permite o se busca la participación de la mayor cantidad posible de participantes en un marco en el que se verifiquen el cumplimiento de dos características fundamentales:

a.- Que participen lo mejor tanto en número como en calidad. Cuando el bien o servicio que se busca adquirir no está dado en función del valor

económico del mismo sino que está en función de características particulares como la complejidad tecnológica, o artística o de conocimientos individualizados y específicos.

b.- La selección del oferente o participante beneficiario tiene otro criterio de valor diferente del económico o presupuestario, como son las condiciones físicas, académicas, intelectuales, científicas o culturales en donde la fundamentación jurídica de la elección debe ser lo más flexible posible sin caer en el abuso o extralimitación del poder de la entidad contratante.

En nuestra legislación lastimosamente, muy por el contrario de otras legislaciones, se utiliza únicamente cuando el objeto del contrato es la consultoría. En el Art. 40, número 3) de la LOSNCP y 38 del Reglamento, a la consultoría se la utiliza como una herramienta para las contrataciones de servicios profesionales de un consultor o empresa consultora cuyo presupuesto referencial sea mayor al 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

3.2.7.- Cotización de obras, bienes y servicios.

Para bienes y servicios, es una herramienta utilizada para:

Las contrataciones de bienes y servicios NO NORMALIZADOS, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea desde el 0,000002 y hasta el 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Las contrataciones de bienes y servicios NORMALIZADOS que una vez aplicado el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea desde el 0,000002 y hasta el 0,000015del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Herramientas que administra el SERCOP.

En relación con la contratación de obras es una herramienta utilizada para las contrataciones de obras cuyo presupuesto referencial sea desde el 0,000007 y hasta el 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico

3.2.8.- Menor cuantía en obras, bienes y servicios.

Para bienes y servicios, es una herramienta utilizada para:

Las contrataciones de bienes y servicios NO NORMALIZADOS, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Las contrataciones de bienes y servicios NORMALIZADOS que una vez aplicado el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Para la contratación de obras, esta herramienta es utilizada para las contrataciones cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

De igual forma el Art.51 y 52 de la LOSNCP establece que se podrá contratar directamente las contrataciones de bienes y servicios no normalizados y los normalizados cuando han sido imposibles de aplicar los procedimientos dinámicos o han sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sea inferior a 0,000002 del PIE. En el caso del numeral 3ro.la contratación de obras se adjudicarán preferentemente a los profesionales, a micro y pequeñas empresas de la localidad donde se ejecutará en contrato. La imposibilidad de aplicar los procedimientos dinámicos y la declaratoria de desiertos aplicando causales que son espacios inmensos para la discrecionalidad de la máxima autoridad hace que generalmente se organicen procedimientos de adquisición de bienes y servicios previamente direccionados a ser declarados desiertos con el objetivo de justificar la futura aplicación del Art.51 de la ley y poder contratar en forma directa con la consiguiente pérdida de credibilidad y transparencia de la que generalmente goza la contratación directa. Por este mecanismo existen múltiples denuncias de sobornos y coimas en la adjudicación a dedo que la máxima autoridad contratante hace de los contratos.

3.2.9.- Los procedimientos de Ínfima Cuantía

Junto con el procedimiento de menor cuantía pueden ser no programables. Es decir, en el Plan Anual de Contrataciones generalmente se incluyen todas las adquisiciones que se realizarán durante el año de vigencia excepto la de ínfima cuantía y las especiales de emergencia (Ver Art. 60 del LOSNCP).

Este procedimiento de contrataciones no es programable ni tienen que estar incluidas en el PAC porque generalmente poseen la característica de no ser previsibles en el tiempo y en buena parte obedecen a la falta de una eficiente programación y planificación. Son las adquisiciones informales dentro del sistema formal de la contratación pública. Conjuntamente con las contrataciones directas y las de emergencia forman un altísimo porcentaje de todas las adquisiciones que realiza el estado ecuatoriano. Es utilizado cuando la cuantía para las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, es igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. La adquisición se la realiza en forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Es decir, simplemente requiere que se llame a cualquier proveedor y sin mucha evaluación de la idoneidad del mismo y de su oferta se adquiera el bien o el servicio buscado, no se necesita ni comisión técnica que califique. Solo existe el proveedor y el funcionario que lo contrata, un postor y su propuesta frente al funcionario que generalmente escoge al contratista en función de la amistad, del soborno, de la coima. Rara vez escoge en función del interés público. El despilfarro en este tipo de contrataciones es impresionante por la sobrevaloración de los costos y la baja calidad de los productos contratados que se debe precisamente a la falta de los controles correspondientes.

En buena hora, la Resolución de casuística del uso del procedimiento de ínfima cuantía N.62 -2012 del SERCOP codificada el cubría cierto margen de discrecionalidad en los siguientes términos:

*" ...**Artículo 1.- Bienes y servicios.**- Los bienes y servicios normalizados y no normalizados, cuyo presupuesto referencial de contratación sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, deberán ser adquiridos a través del mecanismo de infima cuantía en las siguientes circunstancias, las mismas que*

no son concurrentes:

a. *Que no consten en el Catálogo Electrónico vigente, para el caso de bienes y servicios normalizados;*

b. *Que su adquisición no haya sido planificada, y en tal caso que no conste en el Plan Anual de Contrataciones PAC, o,*

c. *Que, aunque consten en el PAC, no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.*

Artículo 2.- Casos especiales de bienes y servicios.- *Los siguientes bienes y servicios podrán adquirirse a través del mecanismo de ínfima cuantía, independientemente de las condiciones señaladas en el artículo anterior:*

a. *Los alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas;*

b. *La adquisición de combustibles en operaciones mensuales por cada entidad, cuyo monto no podrá superar el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado;*

c. *La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de régimen especial regulado en el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;*

d. *El arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado;*

e. *La adquisición de medicamentos, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear alguno de los procedimientos establecidos en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.*

En los casos previstos en los literales a), c) y e) de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente pe-

ríodo fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra.

Artículo 3.- Seguros.- *La contratación del servicio de provisión de seguros, en cualquiera de sus ramas, se podrá realizar a través del mecanismo de ínfima cuantía, siempre y cuando el presupuesto referencial de la prima correspondiente sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente. Para el efecto, se considerará la necesidad del servicio de seguro durante todo el ejercicio económico, sin excepción.*

Artículo 4.- Obras.- *Se podrá contratar a través del mecanismo de ínfima cuantía la ejecución de obra que tenga por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.*

Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente.

En este caso, se preferirá la contratación con los beneficiarios de programas de promoción de empleo de carácter nacional.

Artículo 5.- Prohibición de contratación de consultoría.- *En ningún caso podrá contratarse servicios de consultoría a través del mecanismo de ínfima cuantía.*

Artículo 6.- Contratación de medicamentos.- *La entidad que adquiera medicamentos a través del mecanismo de ínfima cuantía deberá observar lo que establece el artículo 21 de la Codificación de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano.*

Artículo 7.- Concurrencia de ofertas.- *Siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas previamente a definir el proveedor con quien se realizará la contratación por ínfima cuantía.*

La proforma tendrá los efectos de la oferta y tendrá un período de validez por el tiempo para el que haya sido emitida, de conformidad con el artículo

148 del Código de Comercio.

Artículo 8.- Publicación.- *Cada contratación realizada a través del mecanismo de ínfima cuantía, deberá ser publicada mediante la herramienta "Publicaciones de ínfima cuantía" del portal www.compraspublicas.gob.ec, durante el transcurso del mes en el cual se realizaron las contrataciones.*

Artículo 9.- Derogatoria.- *Deróguese la Resolución No. INCOP 048-2011 del 2 de mayo de 2011.."*

Para el caso de las remodelaciones, adecuaciones y refacciones por medio de contratos de ejecución de obras se los realizará de acuerdo al presupuesto anual destinado para ello. Los contratos de consultoría no pueden realizarse por este procedimiento. Estas contrataciones de ínfima cuantía deberán ser consolidadas y publicadas ya no en la herramienta "Publicación Especial" sino en la de "Publicaciones de ínfima cuantía" y deberá contar con al menos tres proformas entre las cuales la máxima autoridad de la entidad contratante deberá elegir la más conveniente.

3.2.10.- La Publicación.

Es una herramienta que debía ser utilizada para las contrataciones realizadas durante el período de transición, es decir, hasta que estuvieran operativas las previstas en la LOSNCP. Esta situación perduró hasta el año 2009 en cumplimiento de lo dispuesto en las transitorias generales primera, segunda, tercera y cuarta del Reglamento a la LOSNCP pero hasta la presenta fecha, 2016, no ha sido eliminada..

Para su aplicación, simplemente se convocaba por la prensa a la presentación de ofertas y se adjudicaba sin más a la mejor oferta que a criterio de la entidad contratante resultaba ser la más favorable generando una serie de dudas sobre la transparencia del mismo por la inexistencia temporal de control por parte del SERCOP, más aún como analizamos en páginas anteriores, que esta forma o herramienta de contratación no tienen un claro sustento legal ni reglamentario, pese a ser la que consume la mayor cantidad de presupuesto adjudicado para compras públicas y produce ahorro cero aplicando la metodología del SERCOP

3.2.11.- Las contrataciones especiales por situación de emergencia.

El Art.57 de la LOSNCP dispone que para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 de la mencionada ley la máxima autoridad de la entidad contratante podrá declarar la emergencia y su publicación en el portal. Con este antecedente podrá contratar directamente las obras bienes y servicios, incluidos la consultoría, para superar la situación de emergencia.

Como vemos, este tipo de adquisición especial se caracteriza porque la ley no exige que se cumpla con la normativa de control sobre los procesos de adquisición o contratación pública debido a situaciones emergentes o urgentes por los que atraviesan las entidades públicas contratantes. En materia de corrupción este tipo de contratación es la que tiene el más alto riesgo por la carencia de controles rigurosos. Esta falta de control se traduce en la sobrevaloración, los sobornos, perjuicio para las entidades contratantes, falta de calidad y garantía de bienes y servicios, la mala ejecución de las obras por la celeridad y falta de transparencia con que se concretan los contratos[169].

Tal como está diseñada carece del procedimiento habitual básico para que se cumpla el objetivo del sistema nacional de contratación pública, esto es, la transparencia en la adquisición, y al no haber tal control existe la percepción de un alto grado de corrupción que se caracteriza, entre otras cosas, por una convocatoria acelerada, un tiempo corto y con vicios de exclusión para la presentación de la oferta, un direccionamiento en la calificación de las ofertas hacia el proveedor que más convenga a los intereses de los funcionarios públicos, una adjudicación y una contratación sin que se haya agotado los esfuerzos por negociar una mayor ventaja en la calidad y en los precios[170].

169. Ecuadorinmediato.com. 2010-09-03.08:18:00. Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción (AUDIO)Y anunció que ex ministro Walter Poveda se encuentra implicado en la firma de 14 contratos. El Secretario de Transparencia y Gestión, Juan Sebastián Roldán, anunció que la institución ha realizado investigaciones en el Ministerio de Agricultura donde encontró un perjuicio de alrededor de 3 millones de dólares, en 14 contratos, dinero que fue mal utilizado en la emergencia invernal del 2008, por lo que al momento presentará en la Fiscalía y Contraloría la respectiva denuncia. Roldán dijo que el principal implicado es el ex ministro W P y la Comisión Técnica de esa Secretaría de Estado.

170. Ecuadorenvivo.com. Martes 4 de octubre del2011.Diario El Comercio de Quito. Nuevas irregularidades en el Banco de Fomento. Domingo, 12 de septiembre de 2010 08:14.El contrato para implementar el sistema bancario se amparó en una emergencia. Se entregó a una firma que había quedado cuarta en un concurso.

En tal consideración el SERCOP mediante Resolución N.45 del 2010 codificada, con el fin de asegurar o garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública obligaba a que a más de los dispuesto en el Art.57 de la LOSNCP la declaratoria de emergencia debía ser publicada en el portal con la fecha de inicio. Además los contratos que se celebren por este motivo deben ser publicados en la herramienta "Publicaciones de Emergencia" y usar los modelos del SERCOP con las adecuaciones necesarias para superar esta urgencia, al igual que informe emitido por la autoridad competente una vez realizado el contrato y superada la situación de emergencia, más varios datos adicionales, que antes no estaban constando ni en la ley ni en el reglamento lo que daba lugar a contrataciones apresuradas y fraudulentas[171].

En la administración pública presente se han suscrito miles de contratos de este tipo sobre los cuales la Contraloría General del Estado no se ha pronunciado todavía ni sobre la existencia de las condiciones que debe cumplir la declaratoria de un estado de emergencia nacional o institucional ni sobre las irregularidades de los contratos suscritos con motivo de ella[172].

No debemos dejar de anotar que el cambio sustancial más significativo de la Resolución N.45 del SERCOP, ahora derogada, decía que los términos de caso fortuito o fuerza mayor debe tener la misma connotación que la del Art.30 del Código Civil: " Art.30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir; como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc." Esto debido a que las famosas emergencias institucionales se

171. Resolución N.45 del 2010 SERCOP

172. Ecuadorinmediato.com: INCOP entregará a Contraloría informe sobre presuntas irregularidades en compras públicas. Entrevista a Jorge Luis González Director del INCOP. Este funcionario prevé entregar a la Contraloría General del Estado un informe sobre presuntas irregularidades en las compras públicas. Es decir toda documentación relacionada a decenas de adquisiciones que no cumplen los requisitos legales y que son procesados bajo el mecanismo de emergencia a través del portal del Instituto. En total son 244 declaraciones de emergencia tomados por las diferentes instituciones públicas. Textualmente dice: ""Los 244 son declaratorias de emergencia, no equivalen a contrataciones, puede ser que haya más contratos o menos contratos que la declaratoria de emergencia, eso, digamos, es justamente lo que vamos a identificar de todos los contratos que están publicados simplemente cuáles corresponden a emergencia y cuáles no", expresó."La Contraloría tiene la tarea de identificar las posibles irregularidades o ilegalidades en las compras de organismos seccionales, centrales ,"todas las que contratan con recursos públicas" acotó González "Esas son las acciones que nosotros queremos hacerlas preventivamente de aquí en adelante: ver si es que una declaratoria de emergencia, efectivamente, desde el punto de vista del análisis solamente normativo encaja o no en lo que la ley dice como situación de emergencia y damos una alerta", puntualizó.". Fecha de Publicación: 6 de noviembre del 2010).

declaraban en emergencia por fuerza mayor entendiéndose ésta como cualquier evento dificultoso por el que atraviese la institución y con el único propósito de emprender contrataciones directas de bienes, servicios y ejecución de obras[173].

Jamás podría considerarse que una adquisición que estaba programada en el PAC de la institución sea objeto de una declaratoria de emergencia para poder ejecutarla directamente porque simplemente contradice un principio que es elemental como presupuesto de hecho: lo emergente no está programado porque debe obedecer a un caso de urgencia motivado por caso fortuito, fuerza mayor, terremoto, inundaciones, etc.[174]

---

173 Soyecuatoriano.com blog del PCMLE.viernes 11 de marzo de 2011 "...Por otro lado, hasta la fecha, el Ejecutivo y las diversas dependencias del gobierno han decretado alrededor de 245 declaratorias de emergencia, al amparo de las cuales se han adquirido insumos para las áreas de salud, educación, vialidad y suscrito contratos para la ejecución de la obra pública en los que, al parecer, el dispendio y perjuicio a las arcas del Estado ..".

174 "CASO 2 Declaración de Emergencia para la contratación de la compra de 2500medidores de agua por parte de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado, EAPA San Mateo Esmeraldas Resolución No. 002-2009-EAPA (se dispone del informe de Contraloría más no de la resolución de emergencia dado que no está disponible en el Portal de Compras Públicas, ambos justificativos están en anexos)Se cita el Informe: "Mediante resolución No. 002-2009-EAPA de 16 de octubre de 2009,publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ecel 29 de octubre de2009, el Presidente Ejecutivo de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado, EAPA San Mateo Esmeraldas, resolvió:"...Art. 1. Declarar en emergencia la contratación de la compra de 2500medidores para ser colocados en diferentes sectores de los 3 cantones (ESMERALDAS, RIO VERDE Y ATACAMES) donde suministramos el servicio de agua potable, cuyo presupuesto referencia es de $89.000, con un plazo de entrega INMEDIATA. Art. 2. Contratar direct... mente la adquisición de los medidores, sobre la base de los precios unitarios o costos determinados por el Departamento de Adquisiciones. Al efecto se encarga al departamento jurídico el pertinente trámite de contratación en situación de emergencia, hasta la suscripción del respectivo contrato, debiéndose publicar la presente resolución en el portal www.ComprasPúblicas.gov.ec..."Además se adiciona como contexto en la misma resolución que es necesario contar con estos medidores dado que potenciales usuarios se encuentran con conexiones directas o en estado inactivo gozando del servicio de agua potable pagando consumo mínimo, aduciendo también que esto representa un perjuicio a la empresa, pero con una falla gravísima dentro de la resolución misma en los considerandos que dice " señalando que la citada compra encuentra incluida en el PAC".

Análisis: De la situación descrita, se puede observar que la necesidad de adquirir medidores de agua potable para algunos cantones de Esmeraldas, no se puede considerar una situación de emergencia ya que no se enmarca dentro del artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP donde se especifican claramente las causales de una situación de emergencia que deberán ser generadas por accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Se detecta también una falla gravísima dentro de la declaración de emergencia, el reconocimiento por parte de la Empresa de Agua Ppotable y Alcantarillado ,EAPA San Mateo Esmeraldas, que esta compra ya estaba programada e incluida dentro del PAC, esto ratifica que la supuesta necesidad ya estaba agendada para compra y que no era necesaria la declaración de emergencia, además esta necesidad no estaba contenida dentro delas situaciones que se consideran emergencia contenidas dentro de los artícu...

3.2.12.- La Contratación Directa.

Toda legislación en materia contractual pública permite, como excepción al sistema general, la posibilidad de que se pueda adjudicar contratos sin que medie la licitación pública, entendida ésta como el sistema abierto de libre competitividad ubicado al extremo opuesto. Esta figura de la contratación directa consiste en la facultad que tiene la máxima autoridad de la entidad contratante del sector público para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato prescindiendo del procedimiento de licitación pública o concurso, pero sujeto al principio de la transparencia y al ejercicio de control de las autoridades controladoras.

El uso indiscriminado y no justificativo de la contratación directa equivale a una contratación discrecional y arbitraria que da lugar a que el sistema de corrupción se fortalezca. Muchos tratadistas del tema concluyen lastimosamente que la contratación directa es la perfecta oportunidad de delinquir con los fondos públicos. Teóricamente se justifica su utilización con el propósito de dotarle a la administración pública de una mayor eficiencia y eficacia a la hora de afrontar ciertas situaciones urgentes y excepcionales que deberán ser previstas taxativamente en la ley. Las adjudicaciones excepcionales de la ley deberán estar guiadas del principio de selección objetiva[175]. Se la utiliza además cuando el objeto del contrato contiene necesidades técnicas específicas que sólo pueden ser desarrolladas por un contratista en particular y cuando el costo de los bienes o servicios a contratar es bastante reducido y por ende es muy costoso adelantar un proceso licitatorio por un monto tan mínimo.

Lastimosamente la contratación directa es el objetivo central a la que se

174... los 57 y 6, numeral 31 de la LOSNCP, por lo cual no podía aplicarse una declaración de emergencia..." Ver en http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/145/1/UDLA-EC-TAB-2013-18.pdf ultima consulta el 04 de septiembre del 2016 a las 11h30

175. Comité de Expertos del mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. OEA. Washington, EE.UU. 14-18 de julio del 2003.

176. En la República vecina de Colombia este tipo de contratación directa es una fuente de preocupación constante."... El total de la contratación del Estado con particulares el año pasado ascendió a 52 billones de pesos, distribuidos así: las entidades nacionales 32 billones y los territoriales 19,6 billones. Lo grave es que el 41,3 por ciento de esos contratos se efectuó mediante la modalidad de contratación directa, algo que mantiene expuesto e incrementa la vulnerabilidad del sector oficial a prácticas de corrupción...". Ver en http://www.eluniversal.com.co/cartagena/politica/con-la-contratacion-directa-aumenta-el-riesgo-de-corrupcion-112599 ultima consulta realizada el 5 de octubre del 2016 a las 20h00.

llega luego de las cuestionadas declaratorias de estados de emergencia institucionales y estados de excepción artificiales. No estamos del todo de acuerdo con la creencia que la adopción de la contratación directa implica el no cumplimiento de los requisitos que deben verificarse porque a pesar de no ser un procedimiento concursal abierto, la escogencia directa debe cumplir con todas las exigencias legales y requisitos formales incluyendo el de la objetividad, pues si bien es verdad que no tiene que realizar todos los pasos que se exigen para la licitación, la administración debe comportarse lo más imparcial a lo hora de escoger a los concursantes de manera transparente[176].

Según el SERCOP, es una herramienta utilizada para las contrataciones de servicios profesionales de un consultor o empresa consultora cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Es la única referencia que muy incompleta y minimizadora de la verdadera dimensión que tiene este procedimiento en la Ley y en el Reglamento pertinente.

Efectivamente, los artículos 6, numeral 3) y Art.41 numeral 1) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, hacen alusión a la consultoría de ínfima cuantía como los objetos de aplicación de la contratación directa. Pero existen varios artículos del reglamento y de algunas de las resoluciones del SERCOP en donde se puede vislumbrar y explicar las razonas por las cuales los tratadistas de la contratación estatal muestran sus justos recelos.

En tal sentido, según el SERCOP la contratación directa es una institución sin mucha importancia que aparentemente se la utiliza en pequeños espacios del mundo de la contratación pública. Pero si rebuscamos en la densa normativa contractual constataremos que en la realidad la percepción del SERCOP en relación con la contratación pública es diametralmente opuesta. La antes aludida concepción del SERCOP acerca de la contratación directa se la hace cuando se la califica como un "procedimiento de la contratación", al igual que la licitación o la subasta inversa electrónica. Pero en el fondo la contratación directa es una herramienta más formal que de fondo, es un mecanismo de contratación informal, sin control real, utilizado cuando los otros procedimientos de contratación "fallan" o cuando la ley le otorga ese privilegio a una entidad el sector público para que contrate con quien a su parecer ofrece una prestación ventajosa para la entidad[177].

Existe múltiples aplicaciones de este mecanismo de contratación "camuflado" en varias disposiciones normativas que la utilizan como un as bajo la manga en el momento en que tengan que decidir contratar sin contratiempos ni controles excesivos de acuerdo a la inclinación natural que siempre ha tenido el poder administrativo. He aquí varias de estas disposiciones introducidas en la misma LOSNCP y de su normativa de menor jerarquía:

1.- El Art. 36 del Reglamento de la LOSNCP en el último inciso dice que "...En los casos en que el proceso precontractual para la adquisición de fármacos hubiere sido desarrollado mediante subasta inversa institucional y se hubiere declarado desierto el mismo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá, mediante resolución debidamente motivada respecto de la inconveniencia de efectuar otro proceso similar, disponer el inicio de un proceso precontractual de contratación directa observando el mecanismo previsto en el artículo 81 de este reglamento o de considerarlo pertinente y según su monto iniciar otro mecanismo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pudiendo utilizar en ambos casos documentación o parte de los pliegos iniciales elaborados por la institución o formular nuevos pliegos " (las negrillas son nuestras).

Pero es necesario recalcar que en la actualidad se encuentra habilitado el Repertorio de Medicamentos en el portal de compras públicas al que obligatoriamente deben acudir las autoridades de la salud las mismas que deberán consultar la existencia de los fármacos que necesita proveerse para que los adquiera directamente. En caso de no existir los medicamentos en el Repertorio de Medicamentos, creado a partir de un acuerdo marco desarrollado con las empresas proveedoras, la autoridad contratante puede iniciar un proceso de subasta inversa de acuerdo a lo que estipulaba la derogada la Resolución N.57-2012.

Si por cualquier motivo la máxima autoridad desea utilizar la adjudicación

177. Ecuadorenvivo.com. Martes 4 de octubre del2011 .Diario El Comercio de Quito.Nuevas irregularidades en el Banco de Fomento. domingo, 12 de septiembre de 2010 08:14. "...Al estar vigente el estado de emergencia, las autoridades podían elegir directamente (a dedo) a la proveedora. Y por ello, invitaron a compañías, entre ellas Arango Software, Datapro y Cobiscorp (ex Macosa), para que presentaran sus propuestas .La declaratoria de emergencia se dio sin una justificación coyuntural: según el memorando del 7 de enero del 2010, la Dirección de Recursos Humanos reconocía que el sistema informático "es obsoleto y tiene más de 15 años de vigencia". Es decir que debía estar dentro de la planificación con anterioridad, pues no era un hecho fortuito...."

directa simplemente declara desierto el otro procedimiento y procede a actuar de acuerdo a la tendencia gravitacional que tiene toda autoridad como es la de adjudicar directamente un contrato.

2.- El Art. 89 del mismo Reglamento declara que se encuentran sujetos al régimen de contratación directa:

a. Los estudios para la formulación de estrategias comunicacionales y de información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional, comprendiendo estos estudios, sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión y similares.

b. Los medios y espacios comunicacionales a través de los cuales se procederá a la difusión de la publicidad comunicacional.

c. Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución,

3.- El Art. 92 igualmente prescribe que las contrataciones de Asesoría Jurídica y/o las de Patrocinio Jurídico requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley y las consultorías jurídicas puntuales y específicas bajo cuya figura se podrá obtener la prestación de servicios de asesoría jurídica para la absolución de consultas puntuales y específicas, siempre que éstas tengan como valor total un presupuesto estimado que no supere en el año por cada proveedor el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000005 por el PIE.

4.- El Art. 93 estipula que las contrataciones de obras o actividades artísticas, literarias o científicas, requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley se la harán bajo esta modalidad. Es justificable la contratación directa en estos casos porque la prestación de servicios profesionales o para la elaboración de obras artísticas únicamente ciertas personas pueden ser las idóneas para realizarlas al igual que el desarrollo o trabajos científicos o tecnológicos. Aunque en otros ámbitos societales se ha lla-

mado a concurso público para la realización de obras de arte sin embargo podríamos afirmar que estamos ante el desarrollo de potencialidades que solo ciertas personas con ciertas capacidades pueden hacerlo.

5.- El Art. 94 se refiere a todas las contrataciones de repuestos o accesorios requeridos por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley, para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad.

6.- El Art. 95 también ordena que se observará el mismo procedimiento previsto en la sección anterior para los procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas

7.- El Art. 96 hace alusión al campo de los contratos de correo internacional y los de transporte interno de correo que celebre la empresa Correos del Ecuador, se regirán por las normas contenidas en las Actas de la Unión Postal Universal, de la Unión Postal de las Américas y España y demás convenios internacionales, ratificados por el Ecuador. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudican la oferta, aun cuando se recibiere una sola si conviene a los intereses institucionales, caso contrario declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del o los oferentes.

8.- El Art. 98.- Procedencia.- Se sujetarán al procedimiento establecido en esta sección las contrataciones que celebren: 1. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí; 2. El Estado o las entidades del sector público con las empresas públicas subsidiarias y las subsidiarias de las subsidiarias, siguiente el procedimiento de la invitación directa y la contratación directa con la única oferente invitada, tal como se prevé en el Arts. 99. No existe posibilidad de que se aplique la LOSNCP porque el portal de compraspublicas solo sirve para publicar la resolución de compra, la invitación a una empresa en particular, a absolverle las preguntas a esa única empresa invitada y adjudicarle a la misma empresa a través del portal. Es un concurso abierto? no, porque solo participa el oferente que es exclusivamente invitado por la empresa pública. ¿ Está garantizada la

aplicación del principio de transparencia o el principio de libre concurrencia, hay control por parte del SERCOP?[178].

9.- El Art. 106.- Procedimiento.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, requeridas por las empresas señaladas en la segunda parte del numeral 9 del Artículo 2 de la Ley, para las actividades dentro de los sectores estratégicos.

10.- El Art. 107.- Contratación de seguros.- Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley observarán cualquiera de los siguientes procedimientos: 1. El de régimen especial de contratación directa prevista en los artículos 98 y siguientes de este Reglamento, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos;

11.- En el caso de la contratación con empresas internacionales, las contrataciones que celebre el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente. En otras palabras, ni subsidiariamente se consideran los procedimientos de contratación recomendados por el SERCOP para su contratación teniendo en cuenta que en este tipo de contratos existe una enorme dosis de discrecionalidad y falta de transparencia.

178. PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO. CONSULTANTE: MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.CONSULTA: Por el hecho de que las acciones de la compañía EICA EMILIO ISAIAS COMPAÑÍA ANONIMA DE COMERCIO pasaron a propiedad de la Agencia de Garantía de Depósitos debe considerársela dentro de las enunciadas en el numeral 2.1. del Art.98 del Reglamento a la LOSNCP que establece " Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público" y en consecuencia puede esta contratar con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas aplicando el procedimiento Especial establecido en el Art.99 del Reglamento. PRONUNCIAMIENTO: Toda vez que el paquete accionario de la compañía EICA Emilio Isaias Compañía Anónima de Comercio, pasó a ser de propiedad de la AGD y por tanto del Estado ecuatoriano. El Ministerio de Transportes y Obras Públicas podría contratar con dicha compañía sujetándose al régimen especial establecido por el numeral 8 reformado del Art. 2 de la LOSNCP y los Arts. 98 y 99 de su reglamento, si además el objeto del contrato que se pretende celebrar, tiene relación directa con el giro específico del negocio de la Empresa EICA según la calificación que otorgue el INCP conforme lo prevé el citado numeral 8 del Art.2 de la Ley.RO 143: 4 de marzo 2010-08-04.

12.- El Art. 108.- Procedimiento para el arrendamiento de bienes muebles que requiera la entidad contratante se observarán las normas contenidas en el Código Civil, Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto determine, mediante resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el SERCOP. En este caso, es justificable la adopción de la contratación directa toda vez que se trata de contratos en donde el contratista es una persona ya determinada y en parte la aceptación de la relación obligacional está sometida a su voluntad y parecer. Sin embargo, muchas instituciones utilizan la convocatoria por concurso para que los interesados presenten sus ofertas al Estado aunque la escogencia de una de ellos queda a la discreción de la máxima autoridad.

13.- Los casos descritos en el Art.2 de la LOSNCP y que los artículos 80, 81, 82, 84,86, 88 del Reglamento que se refieren a la adquisición de fármacos en forma directa si el proceso precontractual se hubiera declarado desierto únicamente en el proceso de subasta inversa institucional de fármacos; cuando el proveedor de fármacos fuera exclusivo; para la adquisición de fármacos mediante convenios internacionales que no tuvieren procedimientos específicos; cuando se requiera medicamentos especiales, para tratamientos especializados, que no consten en el Repertorio de Medicamentos y no estén disponibles en el país; seguridad interna y servicio de comunicación social.

14.- No debe dejar de mencionar los bienes y servicios descritos en la Resolución del INCOP N.43, hoy derogada, para los procesos de ínfima cuantía (presupuesto menor a 0,0000002 del PIB) que pueden ser contratados directamente por la máxima autoridad de la entidad contratante, excepto los de consultoría. Lo que determina esta causal es el monto de la contratación para justificar este tipo de contratación, pues cuando es una suma muy pequeña los costos de un trámite de concurso o licitación pueden resultar más caros que el monto del contrato y con la consiguiente pérdida de dinero y recursos.

15.- El art. 57 de la LOSNCP que faculta a la máxima autoridad contratante contratar de manera directa cuando se declare la emergencia institucional. Es el caso de urgencia manifiesta que es una situación en la cual son

acontecimientos que ameritan urgencia, inmediatez y agilidad en el trámite de contratación. Es que las circunstancias graves no pueden esperar la decisión de contratar, de elaborar pliegos, de convocar, de adjudicar. Se necesita el urgente suministro de bienes o servicios o ejecución de una obra que debe hacerse en forma inmediata. Este mecanismo lastimosamente se ha deteriorado en su prestigio que cuando se lo aplica levanta sospechas en cuanto a que tiende a servir de pretexto para contratar directamente sin la transparencia que garantiza los otros procedimientos establecidos en la ley.

O sea, toda esta abundante normativa en la que se incluyen los contratos de los sectores estratégicos, de seguridad y de los insumos para la salud pública, entre muchos, se resuelven utilizando en forma directa o subsidiaria procedimientos especiales de contratación directa, que si somos más minuciosos abarcan más del 50% del presupuesto destinado a la contratación pública. Precisamente la falta de controles especialmente en este sector le valió al SERCOP una calificación baja en relación con la transparencia en este campo, pese al enorme esfuerzo institucional desplegado en tan corto tiempo de vigencia del sistema nacional de contratación pública.

3.2.12.1.- La cifra negra de la corrupción en la contratación directa

Entre 2011 y el 2015 el Estado ha gastado en el sistema de compras públicas la cantidad aproximada de 46 mil millones de dólares USD. Los procedimientos de Contratación Directa y el de Publicación han absorbido aproximadamente de 16 mil millones USD (Son 614 millones en Contratación directa y 15 mil quinientos millones de USD por Publicación). Esto significa que del monto total de contratación el 36% del total se realizan sin la garantía de un proceso transparente y controlado por la autoridad porque simplemente se realiza por adjudicación directa, a tal punto que el monto de ahorro que sale de la diferencia entre presupuesto asignado y el presupuesto adjudicado después del "concurso" es de menos del 0.03%, insignificante. Si asumimos que el ahorro que genera un concurso transparente según el SERCOP de entre el 7% y 10%, entonces la cifra negra de la corrupción que se queda en manos de los contratistas y/o los servidores públicos es una cifra que oscila entre mil doscientos millones y mil seiscientos millones de dólares en ese lapso de tiempo, ¡solo en este dos tipos de procedimientos ¡. Lo que significa un porcentaje importante

del Presupuesto General del Estado[179].

Es decir, de cada tres dólares que el Estado destina para compras públicas, dos dólares se los hace por contratación directa y por publicación, que es la misma, distrayendo el principio fundamental que inspira el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 9 numeral 3, que estatuye que es un objetivo prioritario del SNCP garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

Pero existen indicios que nos indican que la cantidad de recursos gastados mediante la contratación directa ascendería a un porcentaje mucho más alto dada la no inclusión de sectores como el de explotación, exploración petrolera y minera y la contratación especial. Por esta misma razón y por la magnitud de los recursos involucrados la preocupación de cómo se llevan a cabo esos procesos de compras públicas deberían ser más exigente por parte de los organismos encargados del control de las mismas.

En este tipo de adquisiciones posiblemente no intervienen especialistas en compras públicas ni se cuenta con la presencia de veedores técnicos ni con representantes de la sociedad civil o delegados del Consejo de Participación Ciudadana, ni con la presencia previa de un representante de la oficina de Control Interno de la entidad contratante, ni la suficiente amplitud de la convocatoria en procesos casi sumarios, excluyentes, con especificaciones y requerimientos que la prensa ha considerado orientados a determinado sector de proveedores que posiblemente tienen información privilegiada y que no alientan la participación de otros que carecen de la misma[180].

De hacerlo, la comisión técnica podrá favorecer a un determinado proveedor aceptando o rechazando documentos para evaluación, validando documentos para sin contrastar su legitimidad, parcializándose en la evaluación

179. Iván Darío Gómez. Informe Auditor General de la República de Colombia La Corporación Transparencia por Colombia desarrolló un sistema de niveles de riesgo para el sistema de contratación pública en donde el rango bajo tiene entre el 0 – 20%: el Rango Moderado, entre 21% 30%; Rando Medio 31% - 40%; Rango Alto, 41% - 50% y Rango Muy Alto, más del 51% del total de contratos firmados en relación con la cantidad de contratos directos. Bogotá, 2011.

180. Diario la Hora del 2 de noviembre del 2010, Sección País: Las denuncias fueron presentadas por un grupo de trabajadores de la filial. Según el documento de la denuncia, para la celebración de contratos, Petroproducción pedía un monto de entre 1,5% y 6% de comisión, de acuerdo a los costos del contrato, los cuales fluctúan entre $7 millones y $46 millones.

técnica y llegando al extremo de formalizar todo un proceso o expediente de contratación para dar formalidad a bienes y servicios ya recibidos anteriormente.[181] A través del sistema de contratación directa se efectúan compras y se celebran contratos, que generan dudas y sospechas y cubre con un manto neblinoso procesos que deberían ser absolutamente transparentes. Es la antítesis del espíritu del sistema nacional de contratación pública[182].

3.2.13.- La contratación especial.

El Art.2 de la Ley y el Art.68 del Reglamento a la LOSNCP establecen esta modalidad excepcional de contratación que por sus características especiales no pueden someterse a los procedimientos ordinarios previstos en la Ley. Sea porque el objeto del contrato se refiere a ejecución de obras, bienes o servicios que tienen que ver con la seguridad del Estado y que por obvias razones no pueden ser publicitados; porque los proveedores o el contratista deben reunir ciertas características de destreza y habilidades propias de determinados profesionales que no pueden ser sujetas a escogimiento mediante algún tipo de concurso público, como es el caso de la asesoría jurídica, asesoría comunicacional, ejecución de obra artística, literaria o científica; o porque existe una normativa supralegal que contienen los instrumentos internacionales que no pueden ser obviados por el Ecuador como es el caso del transporte aéreo interno o internacional de correo; o sea finalmente porque las partes contractuales son entidades del sector público dada su composición de capital y su pertenencia a sectores estratégicos[183].

181. Ver Diario El Comercio del 14 de septiembre del 2010. Pag.1, cuaderno 1.Título del reportaje: Indicios penales en 3 contratos con el BNF. En este reportaje la Contraloría General del Estado determinó que existió un convenio con Venezuela para concretar la adquisición que fue firmada con posterioridad al primer embarque de fertilizantes, en marzo del 2007. Además existió otro contrato firmado por el mismo Banco Nacional de Fomento con la firma argentina Carguill con la que pese a que el contrato se firmó el 1 de abril del 2008, el primer embarque había llegado el 28 de febrero del 2010).

182. Ver oficio circular N. SUBSNA -0-10-162 del 7 de enero del 2010 en el que el Secretario Nacional de Administración Pública dispone que previo inicio de algún procedimiento pre-contractual de ejecución de obras deberán consultar primeramente con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército la posibilidad de contratar directamente con ellos directamente y sin la participación de terceros.)(Ver Oficio SGA-=-09-4162 del 16 de septiembre del 2009 mediante el cual el Secretario General de la Administración Pública amparándose en el régimen de exclusión del Art.2, numeral 8 de la LOSNCP dispone que todo el parque automotor institucional se realice en los talleres de EICA S.A. compañía administrada por el Estado. Ver Oficio N. SGS-D-09-3399 del 3 de agosto del 2009 en el que el Secretario General de la Administración Pública dispone contratar directamente los servicios aéreos de las instituciones públicas con la Empresa TAME.

La antes referida norma reglamentaria establece que los procedimientos precontractuales del régimen especial previstos en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se someterán a la normativa reglamentaria Y que en el presente régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables realizar para la contratación de bienes, obras o servicios, se observará de forma supletoria los procedimientos o disposiciones establecidos en el régimen general de la Ley, de este Reglamento General o de la reglamentación específica que para el efecto dicte el Presidente de la República.

Los requisitos elementales para que se active el régimen especial son:

1.-La disposición de todos los documentos técnicos que justifiquen dicha contratación. En el caso de contrataciones sujetas al régimen especial previsto en el capítulo VI del Reglamento será necesario contar con estudios completos, incluidas especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, salvo casos en los que por la complejidad o nivel de especificidad de los proyectos, dichos estudios puedan ser mejorados por los oferentes al presentar sus propuestas técnicas.

2.-Cuando se trate de la contratación de estudios, será necesario contar con el nivel previo de estudios.

3.- De no haberse realizado los procedimientos de régimen especial a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, la máxima autoridad o su delegado tiene la obligación de una vez realizada la contratación, publicar en el portalwww.compraspublicas.gov.ec la información relevante de cada

183. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.CONSULTA: Por el hecho de que las acciones de la compañía EICA E I COMPAÑÍA ANONIMA DE COMERCIO pasaron a propiedad de la Agencia de Garantía de Depósitos debe considerársela dentro de las enunciadas en el numeral 2.1. del Art.98 del Reglamento a la LOSNCP que establece " Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público" y en consecuencia puede esta contratar con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas aplicando el procedimiento Especial establecido en el Art.99 del Reglamento. PRONUNCIAMIENTO: Toda vez que el paquete accionario de la compañía EICA E I Compañía Anónima de Comercio , pasó a ser de propiedad de la AGD y por tanto del Estado ecuatoriano. El Ministerio de Transportes y Obras Públicas podría contratar con dicha compañía sujetándose al régimen especial establecido por el numeral 8 reformado del Art. 2 de la LOSNCP y los Arts. 98 y 99 de su reglamento, si además el objeto del contrato que se pretende celebrar, tiene relación directa con el giro específico del negocio de la Empresa El según la calificación que otorgue el INCP conforme lo prevé el citado numeral 8 del Art.2 de la Ley.RO 143: 4 de marzo 2010-08-04).

proceso, según lo dispuesto en el Art. 13 de este Reglamento General, en lo que fuera aplicable.

La contratación especial se desarrolla en el Reglamento a la LOSNCP, desde el Art.68 hasta el Art.106 de la misma, que contempla todo el régimen especial de contratación y que básicamente se refiere a los siguientes campos:

- Adquisición de Fármacos, Sección II.
- Seguridad Interna y Externa, Sección III.
- Comunicación social, Sección IV.
- Asesoría y Patrocinio, Sección V.
- Obra Artística y Literaria, Sección VI.
- Repuestos y Accesorios, Sección VII.
- Bienes y Servicios Únicos o Proveedor Único, Sección VIII.
- Transporte de correo interno e internacional, Sección IX.
- Contratos entre entidades públicas o subsidiarias, Sección X. Aquí se encuentran, además, la contratación con empresas públicas internacionales. 116
- Instituciones Financieras y de Seguros del Estado, Sección XI.
- Empresas mercantiles y del Estado y Subsidiarias, Sección XII
- Sectores estratégicos, Sección XIII. Ley Empresas Públicas.

Cabe mencionar que el Reglamento en el Art. 95 incluye dentro del régimen de contratación especial, un sector adicional que no estaba ni está contemplado en la Ley, tal es el caso de la adquisición de bienes y servicios únicos en el Mercado o Proveedor Único con lo que se pone en duda la aplicación de este procedimiento en esta área específica. Al respecto la Procuraduría General del Estado se pronuncia en el sentido de que sí se puede aplicar este pro-

cedimiento a la contratación de servicios únicos en el mercado y que tienen un solo proveedor porque así lo dispone el Art. 2, cuando esto no es verdad.

Sin embargo creemos que cuando existe un único proveedor de bienes o tecnologías se debe tener un referente del mismo bien o servicio a nivel internacional o de los países vecinos, dependiendo de la cuantía, a fin de que este virtual monopolio no afecte los intereses de la institución, en relación a los precios arbitrarios y exagerados que se puedan ofertar aprovechando de esta posición dominante del proveedor.

La EX-Resolución del SERCOP N. 027-09 del 16 de junio del 2009 establecía que toda resolución que decida aplicar el régimen especial de contratación deberá ser publicada en el portal de www.compraspúblicas. En caso de no utilizar este procedimiento, deberá publicarse, una vez realizada la contratación, toda la información relevante de la contratación que se haya realizado, en los términos del Art.13 del reglamento. Igualmente ordena que estas contrataciones deberán estar en el PAC o en las futuras reformas que se las haga. Dentro de este régimen especial, tres tipos de contrataciones tienen reserva especial y estas son:

a.- Las contrataciones bajo régimen especial por actividades empresariales o de carácter estratégico y que por su naturaleza requieran de un tratamiento confidencialidad en los términos del Art.26 del reglamento a la LOSNCP deberán informarse al INCOP a fin de darles el régimen de reserva y confidencialidad y solamente una parte del PAC será publicado en coordinación con el SERCOP.

b.-La establecida en el Art. 87 del reglamento a la LOSNCP al tratarse de un procedimiento precontractual de bienes, obras y servicios destinados para la Seguridad Interna y Externa, su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto no será publicado en el Portal www.compraspublicas.gov.ec. Pero sí deberá ser informado al INCOP.

c.- Los procedimientos de contratación bajo régimen especial que lleven adelante las empresas señaladas en los Arts. 1 numeral 8 parte final que se refiere al numeral 8 del Artículo 2 son los siguientes:

1.- Contratos celebrados entre el Estado con entidades del sector público.

2.- Contratos que celebren las entidades del sector público con empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento a las entidades del sector público o sus subsidiarias;

3.- Los contratos que celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y con empresas públicas de los Estados de la comunidad internacional.

4.- Además las que contempla el Art.6 numeral 11 de la LOSNCP referentes a las empresas subsidiarias de las empresas estatales públicas y las de derecho privado con participación del estado en por lo menos el 50% del capital suscrito, se ejecutarán de acuerdo a su propia norma estatutaria que lo rige. Por lo que la ley no determina que el PAC y las compras a realizarse sean publicadas en el portal. (Ver Art.34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas Ley s/n Suplemento del Registro Oficial 48, 16-X-2009 y que regula la contratación de obras, bienes y servicios en las Empresas Públicas remitiendo a lo contemplado en la LOSNCP básicamente con algunas particularidades que se reserva la ley).

Se podría afirmar que el Art. 2 de la LOSNCP cuando autoriza al Presidente para que emita la normativa específica bajo criterios de selectividad los procedimientos precontractuales de las contrataciones que allí se enumera y que acabamos de revisarla le faculta para que sea su autoridad la que organice las compras y escoja al proveedor o contratista con total discreción. El único límite es el criterio de selectividad que ni en la ley ni en el Reglamento se encuentra definido. ¿Este criterio debería hacer alusión a que el Presidente tienen la facultad de escoger cuál procedimiento es el adecuado para realizar las compras públicas que la ley le ha encomendado y exigir su cumplimiento o se refiere al estricto derecho de admisión que, a criterio del Presidente, tienen unos u otros proveedores para participar o no en esas contrataciones?

Queda la duda porque gran cantidad de adquisiciones realizadas por procedimientos especiales, especialmente las petroleras, hidroeléctricas, comunicaciones, mineras, la falta de convocatorias y la poca información en relación

con este tipo de contrataciones nos lleva a pensar, como bien lo asegura el SERCOP118, que el SNCP es un sistema que no tiene excepciones pero a mi modo de ver tiene muchos puntos negros. El problema es que de manera similar a una norma penal en blanco la Ley Orgánica de Empresas Públicas traspasa la norma para que las contrataciones petroleras, por ejemplo, pasen del sistema interno de Petroecuador al sistema de contratación especial de la LOSNCP pero con la diferencia que ese sistema de contratación no se rige por su normativa sino por la que dicte el Presidente para el caso[184].

El Informe de la Autoevaluación del SERCOP lo confirma:

"...En todo caso es importante anotar que varios procedimientos de régimen especial poseen criterio de selectividad variados (contratación directa, listas cortas, subastas inversas,etc.) que si bien no se realizan a través del portal www.compraspúblicas.gob.ec por mandato expreso del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deben publicar en el citado portal los actos administrativos esenciales de cada compra, para cumplir con los principios de transparencia y publicidad previstos en el Art.4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública..."

No creemos que por publicar un informe en el portal de COMPRASPUBLICAS se ha cumplido con los principios de transparencia y publicidad para luego afirmar que no existen excepciones al sistema. Se debería integrar de manera más óptima las facultades discrecionales del Presidente con la normativa formal y sustancial de la LOSNCP a fin de que sean directivas del SERCOP las que se utilicen con su propia participación en los procesos contractuales especiales para dotarle de mayor legitimidad y rebajar un tanto el porcentaje discrecional que tiene el Presidente o sus delegados en el manejo

184. Diario la Hora del 2 de noviembre del 2010. Las denuncias fueron presentadas por un grupo de trabajadores de la filial. PETROPRODUCCION. Según el documento de la denuncia, para la celebración de contratos, Petroproducción pedía un monto de entre 1,5% y 6% de comisión, de acuerdo a los costos del contrato, los cuales fluctúan entre $7 millones y $46 millones. Ante esta denuncia, la Fiscalía acudió a las oficinas de la empresa el 28 de enero y allanó los computadores de los funcionarios C Rs, jefe de la unidad de contratos; y de R H, asesor del vicepresidente donde existirían pruebas que servirían para aclarar el caso. En el documento, entregado por los trabajadores, constan proyectos como el alquiler de un taladro de 750 (hp) caballos de fuerza a un costo de $26 millones, por lo cual se habrían entregado $200 mil de comisión; el de renovación del oleoducto por $14 millones por el cual se establecía una comisión de $75 mil. También constan proyectos que serán financiados a través del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero (Feiseh) como la reinyección de aguas en pozos por $35 millones, donde se pedía una comisión del 6%.

de importantes segmentos del presupuesto general de la nación destinados a la contratación pública.

Pese a lo restrictivo de este procedimiento, existe otro que es aún más reservado, si cabe el término, en donde se compra directamente. Lo grave es la dudosa legalidad de contratos que ni siquiera pasan por la tutoría procedimental de mínimo control que sobre la contratación especial tienen el SERCOP porque se ha dado casos denunciados por la prensa en donde esta institución ni siquiera participo en la adquisición de algunos productos como los fármacos por ejemplo[185].

3.2.13.1.- La falta de transparencia en cifras en la Contratación Especial

Si como anotamos anteriormente 2011 y el 2015 el Estado ha gastado en el sistema de compras públicas la cantidad aproximada de 46 mil millones de dólares USD. En este lapso los procedimientos de Contratación Especial ha sido de aproximadamente de 21 mil millones de dólares.

Este monto representa el 46% de todo lo gastado en obras, bienes y servicios en el periodo histórico antes fijado. Si consideramos que la contratación especial de acuerdo al Art. 2 de la LOSNCP es un procedimiento al que no se somete a las reglas generales establecidas en el sistema sino que se alinea con la normativa que debe expedir el Presidente de la Republica, genera ciertos

185. "...Medicamentos: el contrato "confidencial" de 290 millones.Un contrato de 290 millones, sin licitación, para compra de medicamentos a una empresa panameña, fue firmado por la empresa estatal Enfarma en abril del 2015. Los precios y cantidades de cada uno de los 156 medicamentos fueron definidos "por mutuo acuerdo". El contrato es para adquirir, supuestamente, medicamentos para enfermedades raras o huérfanas o de difícil adquisición en el Ecuador.18 de Julio del 2016.Redacción Plan Mientras el Servicio Nacional de Contratación Pública, Sercop, anuncia un nuevo proceso de subasta inversa para contratar 400 tipos de medicamentos de difícil acceso, la Empresa Pública de Fármacos, Enfarma, ahora en un supuesto proceso de liquidación, contrató la compra y la distribución de medicamentos "de difícil acceso", por 290 millones de dólares, con la empresa panameña Biofarma Corporation S.A. Ecuador ... catalogado a Panamá como paraíso fiscal".$ 290 millones es el monto del contrato firmado por Enfarma para la compra de medicamentos de difícil acceso. La firma panameña está representada en Ecuador por la abogada colombiana Y G M, pero en la dirección que consta en el contrato #19-2015, en Quito, no conocen de la existencia de esta empresa y es el domicilio de una empresa constructora..." Ver en Revista electrónica Investigación del 04 de octubre del 2016. Más información http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/medicamentos-el-contrato-confidencial-290-millones ultima consulta el 04 de octubre del 2016 a las 22h00.

temores que los procedimientos contractuales estén plagados de vicios por la aplicación indebida que puedan hacer de ellos los funcionarios públicos encargados de la adjudicación de los contratos. Los artículos 68 a 71 del Reglamento nos ratifican los temores de cierta levedad en el proceso de selección en contratos que generalmente tienen un alto costo pero controles que no son precisamente los establecidos para los procedimientos comunes.

3.2.14.- Contratos Financiados con Préstamos de cooperación Internacional.

Aunque no conste como un procedimiento especial, dada sus características y la normativa a emplearse, es un procedimiento muy peculiar y especial. El Art.3 de la LOSNCP establece que en las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.

3.2.15.- El Sistema de Contratación en las Empresas Públicas

Este sistema de contratación está previsto en el Título V de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, concretamente en el Art. 34 que crea esta especie de sistema paralelo el mismo que, pese a los reiterados esfuerzos de las autoridades del SERCOP y las del gobierno actual, no terminan de convencer de que se trata de un sistema de compras públicas integrado o que forma parte del Sistema Nacional de Compras Públicas de manera sustancial, no simplemente de integración formal o informático, porque sencillamente en el enfoque sistémico de contratación en la empresas públicas el INCOP no tiene el carácter de rector de los procesos de contratación que aquí se desarrollan en este campo. Veamos algunos aspectos:

1.- Se establece un régimen común de contratación en donde las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que rea-

licen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables. Es decir todas aquellas adquisiciones de bienes que necesitan para operar, como suministros de materiales de oficina, un edificio para oficinas, vehículos, equipos de comunicación, etc. son productos que podrán ser adquiridos en el mercado nacional y de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y de calidad que tienen los productos importados, efecto para el cual se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública. Pero las empresas públicas tienen un régimen de libre contratación y ninguna autoridad de control en este campo, como el SERCOP, puede emitir censura ni autorización previa para contratar. Solo serán informadas después, a posteriori, cuando alguna irregularidad, de existir, ya se haya cometido. Este principio operativo tiene su excepción en las contrataciones de endeudamiento o crédito para la empresa pública que lo requiera. En este caso se requerirán informes del Comité de Deuda y Financiamiento.

2.- Se crea un régimen especial en los que no es aplicable la LOSNCP sino de manera subsidiaria. Se refiere a los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar. En este caso será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto.

Cuando se habla con empresas de naturaleza similar debe referirse a las empresas públicas de otros países en donde el Estado sea accionista o propietario mayoritario de esa empresa, en las mismas condiciones que nuestra legislación, caso contrario ese contrato sería nulo y traería consecuencias en el ámbito penal. ¿Está en capacidad el SERCOP de controlar este tipo de contratos?

3.- Se consagra la posibilidad de formar parte de un programa de compras corporativas en sociedad con otras empresas públicas para optimizar el uso de los recursos disponibles. Pueden proceder de manera similar para reali-

zar compras públicas para las filiales de esa empresa pública en particular.

Lo que debe observar y recalcar en un aspecto que equivocadamente se viene insistiendo es que la creencia o la percepción de que esta Ley de Empresas Públicas y el Artículo 34 en particular integran Sistema Nacional de contratación Pública cuando se refiere a los contratos petroleros y mineros. De manera textual la antedicha norma prescribe que *" Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:.."* (El subrayado es nuestro). No dice que se regirán por la normativa establecida en la LOSNCP. Veamos brevemente las posibilidades que una legislación así estructurada puede provocar en materia de corrupción.

3.2.15.1. Contratos de cooperación con organismos internacionales

Las instituciones internacionales que participan en la celebración de convenios con las entidades nacionales o con los gobiernos de cada país, como se lo ha reconocido en el ámbito nacional y externo, no son sino simples operadoras intermediarias para contratar bajo normas diferentes a las nacionales y a la normativa de la LOSNCP. Mucha entidades públicas normalmente firman contratos de cooperación que no son otra cosa que contratos de administración de recursos para por vía licitaciones internacionales o internas sustraer de la competencia nacional la aplicación de procedimientos de selección de contratistas para adjudicar contratos de cuantías muy significativas. Lo más grave es que estos convenios de cooperación no tienen nada de cooperación porque la entidad extranjera no pone recursos o si lo hace son cantidades mínimas para disimular estas formas de evadir los procedimientos contractuales que debe realizarse con la ley nacional[186].

Pero el problema de la corrupción no se agota en este aspecto sino que abarca la administración misma de los recursos provenientes de los préstamos

internacionales para el financiamiento de obras de desarrollo de los países que lo solicitan a entidades como el Banco Mundial, el BID, BIRF, la Corporación Andina de Fomento, fondo Monetario Internacional, etc. El mismo Banco Mundial tiene mecanismos de control sobre las denuncias de corrupción en los contratos que se firman con fondos provenientes de sus arcas financieras debido a que el sistema de control en los países beneficiarios es deprimente e ineficaz estructurado en función de tapar la contratación dirigida y directa, sin procesos licitatorios transparentes. 123. Todos estos organismos proveedores de fondos para obras de desarrollo tienen sus sistemas propios de control tanto para la vigilancia de actos de corrupción en los funcionarios y empresas de los países receptores como de los funcionarios corruptos de esos organismos.

Por ejemplo, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo, BID, tiene desarrollado un conjunto de definiciones de situaciones fácticas prohibidas por esta organización. Dicen que:

- Una **práctica corrupta** consiste en ofrecer, dar, recibir, o solicitar, directa o indirectamente, cualquier cosa de valor para influenciar indebidamente las acciones de otra parte.

- Una **práctica fraudulenta** es cualquier acto u omisión, incluida la tergiversación de hechos y circunstancias, que deliberada o imprudentemente engañen, o intenten engañar, a alguna parte para obtener un beneficio financiero o de otra naturaleza o para evadir una obligación.

- Una **práctica coercitiva** consiste en perjudicar o causar daño, o amenazar

186. 122 http://www.auditoria-integral.com.ar/actual2.htm. Presuntas irregularidades en préstamos del BID y del BMLos créditos internacionales, en la mira. La Justicia y los entes de control del Estado comprobaron que hubo anomalías en la ejecución de algunos programas.El BID y el BM aducen que hacen cumplir normas muy estrictas en la ejecución de estos programas. Y que ya aplicaron sanciones a quienes no cumplieron. Los bancos no pueden participar en la designación del personal que interviene en el proyecto (consultores, por ejemplo, que son los que aconsejan sobre la forma de instrumentarlo), aunque sí tienen poder de veto si no se respeta la normativa acordada. Así lo confirmaron Alexander y el representante del BID en el país, Jorge Elena. Sin embargo, dos fuentes de primer nivel (un ex funcionario y otro en el cargo), que participaron en negociaciones directas con miembros del banco, aseguraron que éstos habían tratado de imponer sus propios consultores para facilitar el desembolso de los créditos, lo que por supuesto es negado por los representantes de las entidades. La queja por este requisito, incluso, llegó a oídos del titular del BID, Enrique Iglesias, comentada por la misma fuente que narró ante LA NACION los detalles de esa conversación. "Ay... Estos de abajo que negocian con los amigos", contestó Iglesias, según la fuente. "No creo que sea una política del banco como institución, sino con la línea de abajo", concluyó el funcionario involucrado.

con perjudicar o causar daño, directa o indirectamente, a cualquier parte o a sus bienes para influenciar indebidamente las acciones de una parte.

- Una **práctica colusoria** es un acuerdo entre dos o más partes realizado con la intención de alcanzar un propósito inapropiado, lo que incluye influenciar en forma inapropiada las acciones de otra parte[187].

- Una **práctica obstructiva** consiste en (a) destruir, falsificar, alterar u ocultar deliberadamente evidencia significativa para la investigación o realizar declaraciones falsas ante los investigadores con el fin de impedir materialmente una investigación del Grupo del Banco sobre denuncias de una práctica corrupta, fraudulenta, coercitiva o colusoria; y/o amenazar, hostigar o intimidar a cualquier parte para impedir que divulgue su conocimiento de asuntos que son importantes para la investigación o que prosiga la investigación; o (b) todo acto dirigido a impedir materialmente el ejercicio de inspección del Banco y los derechos de auditoría.

3.2.15.2.- Contratos Interadministrativos.

Doctrinariamente los contratos interadministrativos vienen a considerarse como una posibilidad o una opción más entre las que integran un sistema de contratación directa que la ley prescribe para las diferentes empresas del estado.

La ley siempre consagra como prioridad en los concursos para la contratación de obras, bienes o servicios la utilización de cualquiera de los mecanismos previstos en este sentido por la LOSNCP y descarta la contratación directa y peor aún, la contratación privada. Este resguardo legal y constitucional obedece a la obligación del estado de realizar sus compras en igualdad de condiciones, en un sistema donde los interesados presente sus ofertas y seleccione de entre ellas a los más beneficiosos para satisfacer la necesidad pública. La excepción a este principio general debería ser la contratación directa en los casos permitidos por la ley que lo regula. Esta excepcionalidad de selección de contratistas de forma directa puede ser entre otras, la imposibilidad legal o razones concernientes a la naturaleza misma de la prestación

187. 124http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/integridad-en-el-grupo-bid/practicas-prohibidas-en-el-bid,2704.html Prácticas prohibidas en el Grupo BID

necesitada, o simplemente por razones de Estado, debidamente previstos por la ley. Dentro de este contexto último se encuentran los contratos interadministrativos que pueden celebrarse para la realización del interés público bajo la aplicación y observancia del principio de objetividad en la selección que conjuga tanto la garantía en la prestación de calidad del servicio público y el respeto de los derechos de los ciudadanos[188].

¿En dónde podría operar la corrupción? Veamos. Mediante esta figura una entidad contratante pública sometida a los procedimientos de la LOSNCP celebra convenios con otra de la misma categoría pero que está sometida a cualquiera de los múltiples regímenes especiales con la finalidad de eludir los procedimientos de contratación y hacer de manera directa la selección del contratista sin observar la LOSNCP.

Los contratos interadministrativos son mecanismos camuflados en donde la empresa o entidad pública contratante contrata una prestación con otra entidad pública contratista la misma que en vez de cumplir sus obligaciones contractuales directamente cumple funciones de intermediación o subcontratación para eludir los procesos de selección objetiva y utilizar el régimen de derecho privado que se confiere a determinadas entidades estatales, como por ejemplo a ciertas empresas industriales y comerciales del Estado, y/o empresas de economía mixta[189].

El Art. 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas permite la contratación entre empresas públicas objeto para el cual deben previamente firmar un contrato de entendimiento inter partes. Textualmente dice: *"...REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable..."*. Es decir que una empresa pública puede requerir de los servicios que preste otra de la misma característica siempre y cuando el objeto social de la empresa contratista tenga que ver directamente con las obligaciones derivadas del mismo, es decir, si su objeto social lo permite. ¿ Cuál podría ser la debilidad o el punto negro en esta clase de contratos?.

188. 125 http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=201.

189. 126 Gómez Lee Iván Darío. Control al control de la contratación: riesgos desaciertos y posibilidades. Auditoría General de la República. Bogotá, mayo 2011, pág. 29-30.

Lastimosamente en otros países, y en el nuestro también, este tipo de contratos implican la entrega de cuantiosos recursos de parte de la empresa contratante para que la empresa contratista no los ejecute directamente sino a través de subcontratistas o terceros, tal como viene ocurriendo con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, por ejemplo, a quien el ejecutivo y empresas de obras públicas le ha encargado la ejecución de importantes carreteras y otras obras de infraestructura a nivel nacional que dada su capacidad técnica, económica y de recursos humanos por sí solo no lo puede ejecutar, circunstancias conocidas por las que siempre se ve obligado a subcontratar con empresas civiles sin que exista un control suficiente y satisfactorio de los precios del subcontrato por parte de ninguna autoridad competente en contratación pública. Lo grave del caso es que este sistema de contratación requiere de continuos controles de transparencia específicamente en materia de contratación pública antes de continuar con la práctica de seguir adjudicando en forma directa la construcción y ejecución de más obras millonarias a sabiendas de la práctica enrarecida de la subcontratación que se rige ya no por el derecho público sino por el derecho privado y que no es objeto de control directo. Es claro que en este tipo de adjudicaciones puede haber un considerable ahorro nacional pero también es cierto que las instituciones públicas de control deben certificarse que en verdad existe este ahorro nacional y que las subcontrataciones se las hace en función de ese ahorro y no en función de abrir espacios para la corrupción[190].

En relación con los contratos interadministrativos nuestra preocupación tiene asidero porque la subcontratación es directa, sin control suficiente y contratan con la empresa que más les convenga a sus intereses siendo fuente de una falta de transparencia y de un encarecimiento total de las obras debido a que las ganancias deben ser satisfactorias para las dos partes intervinientes, tanto para la empresa pública como para la empresa privada.

Podemos estar seguros que el convenio interinstitucional y su procedimiento pueden ser los más transparentes posibles no así el ejercicio de la

190. http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/incop_justifica_contratacion_directa_al_cuerpo_de_ingenieros_del_ejercito_para_obras_del_estado--120816. recoge las exprsiones del ex-Director del INCOP Dr. L Gez en el sentido de que la orden del Presidente C... de contratar directamente con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército es legal. La Cámara de la Construcción , recoge esta noticia, criritca que estos contratos porque no existe calidad en el gasto público y tampoco competencia sana. Manifiesta que el Cuerpo de Ingenieros fue creado para realizar obras que requiere la defensa nacional, tienen limitaciones en su capacidad operativa a tal punto que termina subcontratando las obras que le son adjudicadas

subcontratación con terceros porque penetra en un campo discrecional en manos de los funcionarios de la empresa contratista que con toda seguridad va a encargar sus obligaciones a otra persona natural o jurídica privada, mediante procedimientos ausentes de vigilancia y posiblemente, con intención o no, evadir un proceso público de concurrencia múltiple como puede ser una licitación o cualquier otro de los procedimientos contractuales previstos en la LOSNCP.[191]

2.3.15.3.- Exigencias mínimas que deberían cumplirse

Para un correcto control anti corrupción estos contratos deberían cumplir con la exigencia de selección objetiva del oferente; cumplir con el sistema de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley. En caso de que deba subcontratar para ejecutar el contrato principal, aquel no debería superar al 30% de contrato principal ni tampoco deberían participar personas jurídicas o naturales que hayan participado en el diseño de los estudios del proyecto u obra objeto de la contratación. Igualmente debe ser exigible que la institución o empresa pública contratista tenga dentro de su objeto social o institucional

191. iario HOY: CCE, con 400 subcontratos Publicado el 19/Abril/2009 | 00:10. Las subcontratistas que abarca el CEE serían por servicios generales.A raíz de la declaratoria de emergencia vial en 2007, el presidente Rafael Correa, a través del decreto 144, permite que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército contrate el equipo y la maquinaria pesada necesaria para realizar trabajos en los tramos viales del país. Sin embargo, el coronel Mario Calderón, jefe de construcciones del CEE, explicó que "podría pensarse que la subcontratación es un monopolio, pero se dan bajo la autorización del MTOP".

Estas subcontratistas, según Calderón, son pequeños empresarios o constructores, que se convierten en un complemento para estos proyectos. El CEE tendría a su mando alrededor de 400 subcontratistas, sin embargo, Calderón señaló que "para especificarlas habría que mencionar proyecto por proyecto, y hay obras que ya se han terminado". No obstante, el CEE ha preferido no llenarse de maquinaria, al contrario, se utiliza lo que tiene la entidad. Asimismo, las subcontratistas operarían en servicios como "mano de obra, para lo que es cunetas, cabezales; otras para el servicio de alimentación; para la provisión de combustible; de asfalto; de transporte de material; es decir, "trabajan en una gama de actividades que apoyan al desarrollo de la provincia en la que se esté trabajando".Además, por cada obra que se realiza en las distintas provincias, se tiene alrededor de 15 contratistas, en las que laborarían de 180 a 200 personas, y "todas las subcontratistas contratadas dependen de la comunidad en la que se encuentre el CEE". Según el ente, no "existe ningún monopolio en el que haya alguna contratista a nivel nacional, sino lo que se hace es utilizar la mano de obra local para generar empleo".

Calderón aclaró que la ejecución de contratos con empresas locales deben cumplir con los parámetros legales. También ellos son observados por la Contraloría. Siendo así, este tipo de adjudicaciones a subcontratistas en los servicios que fueren, dijo, responden a la Ley de Contratación y deben ser ingresadas al portal, y contar con el RUC y el registro de proveedores. Para ello, "no se hace una licitación, sino una calificación y así se asigna". http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/cce-con-400-subcontratos-344173.html.

las potestades y capacidades para las cuales le están contratando.

3.2.16.- Riesgos derivados del Lavado de Activos

La globalización ha traído como consecuencia un poderoso desarrollo de tecnologías informáticas asociadas al libre flujo y circulación de capitales en el mundo, que buscan invertir grandes cantidades de dinero sin que existan obstáculos en su camino. Pero a la par también se desarrollaron mecanismos sofisticados de delitos cuyas utilidades deben encontrar de manera urgente fórmulas y mecanismos de legalización en actividades comerciales, industriales o de servicios. Una de esos campos propicios es la negociación con las compras públicas impulsadas desde el Estado. Se hablaba que más de mil millones se lavan en el Ecuador sin embargo de lo cual varios investigadores y autoridades hablan de cantidades más altas.

Pero erróneamente las mismas autoridades señalan al lavado de activos como una actividad proveniente del tráfico de drogas cuando en realidad éste es apenas uno de los aspectos a través de los cuales se comete este ilícito. En Ecuador, país ubicado en un puesto inferior al 100 de 183 países en la escala de corrupción el lavado de activos más importante proviene de los delitos previos de enriquecimiento ilícito y del peculado en la contratación pública.

Entre las múltiples formas de dar apariencia de legalidad a los dineros ilícitos provenientes tanto del tráfico de drogas como de la corrupción en la contratación pública es la creación o compra de empresas destinadas a presentarse como oferentes de obras, bienes o servicios con el Estado con precios bajos y con el fin de ganar los procesos de adjudicación de manera lícita. Esta posibilidad puede presentarse especialmente en los procedimientos de subasta inversa electrónica y en las compras por catálogo porque simplemente el único referente es el precio del producto, quedando el resto de información cubierta para no exponerse mucho a una investigación.

3.3.- CORRUPCIÓN EN LAS FASES DEL CONTRATO

Mencionemos algunas:

1.- La ausencia de transparencia en las fases del contrato incrementa el riesgo de corrupción. Sobre todo en la ejecución de obras pueden encontrarse indicios de procedimientos obscuros en la preparación del proyecto, sus especificaciones legales y técnicas, en las instancias licitatorias y de contratación, también en los sucesivos pasos de ejecución de las obras o de recepción de los bienes. La adecuada o ineficiente organización administrativa para evaluar o inspeccionar técnicamente la realización y entrega de los bienes o servicios es otro hito sobre la que puede alojarse la corrupción y la falta de transparencia[192].

2.- En la fase preparatoria, cuando existe un ítem del Plan anual de Contrataciones que no ha podido ser normalizado o estandarizado en sus necesidades para programar las compras. Es decir no especifica qué tipo concreto de computadores va a necesitar la entidad contratante, qué tipo de vehículos pesados requiere, qué tipo de impresoras se necesita, etc. capaz que esta información permita una mayor participación de proveedores que tienen algún tipo de desarrollo tecnológico, y que permita ampliar y detallar las especificaciones técnicas compatibles con la participación de más proveedores, aperturando más la competencia. Además, si conside-

192. Estratagemas de la contratación públicas: tipología de las prácticas a evitar, denunciar y combatir Alteración de información: Tiene la intensión de manipular la información según las necesidades de quienes hayan pactado el acto, con el objetivo de favorecer a dicha oferta. Motivo por el cual a pesar que varios oferentes presenten sus propuestas, las mismas no podrán cumplir su aspiración. Ejemplos:

1.-Se abre una contratación pero se establecen términos muy breves para el diseño, preparación, elaboración y presentación de propuestas. "Alguien" sí conocerá anticipadamente todos los requisitos y estará ya listo para presentar su propuesta dentro de los términos establecidos. (Las especificaciones técnicas o términos de referencia de un procedimiento de c contratación son entregados con anticipación al oferente con el cual se ha llegado a un acuerdo, por lo que la Entidad asegura que el mismo tenga el tiempo necesario para elaborar su oferta; posteriormente, establece los tiempos mínimos dentro del cronograma del procedimiento, con el fin de que los demás oferentes no puedan elaborar su oferta de manera adecuada, dejando vía libre al oferente que tuvo esta información con anterioridad). Ver mas en http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf que contiene el MANUAL DE BUENAS PR ÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO realizado por la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL, COORDINACIÓN TÉCNICA DE CONTROVERSIAS e INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVA-SCPM

ramos que de acuerdo con la LOSNCP y su Reglamento, el PAC puede ser modificado por las entidades contratantes durante el periodo fiscal y no teniendo claras las especificaciones técnicas, se vuelve excluyente y/o direccionado para los proveedores.

3.- Las constantes denuncias de profesionales y empresas invitados a participar para la oferta de bienes y servicios o ejecución de obras realizadas por el portal de COMPRASPUBLICAS que frecuentemente llegan con días hasta semanas de retraso y los reclamos por estos vicios en las convocatorias o invitaciones llegan igualmente con meses posteriores a la fecha del mismo. En la fase preparatoria se carece de un listado de precios promedio de los bienes y servicios que la unidad central de contrataciones de la entidad contratante adquiere, dado que en función de las altas cantidades y condiciones de pago se modifican los precios hacia la baja.

4.- Es importante tomar en cuenta que en la fase de ejecución, la remuneración del fiscalizador debe ser la adecuada, más aun siendo ésta la instancia donde finalmente se dirime y se supervisa la calidad de la obra, el cumplimiento de lo pactado en el contrato, el momento de la verdad donde lo exigido por los pliegos y lo propuesto por el contratista se materializa. La ganancia honrada del contratista ejecutor estriba en mantener el margen de ganancia previsto en su oferta y materializada en el contrato.

En su contra puede operar los imprevistos del proyecto que no pudieron ser considerados en el momento de la cotización y que luego no permitan ser reconocidos como adicionales en el proceso de la obra por parte de la entidad contratante. Igualmente influye en sus intereses su decisión ilícita de aumentar el margen de su beneficio disminuyendo alguna parte del trabajo comprometido, o la calidad pactada. Estos riesgos, siempre latentes en la ejecución, que transitan desde lo razonable hasta lo delictivo, dependiendo de quien haga el trabajo o la tarea de fiscalización la misma que no puede estar en manos de otro contratista que no ganó la licitación y que tenga un pacto colusorio para pasar por alto estas irregularidades del contratista.

5.-De acuerdo con la LOSNCP (Arts. 85, 86, 88, 89) en la fase de ejecución, se dan renegociaciones con contratos en marcha, se puede pedir adicionales hasta el 35% del monto contractual actualizado en obras y servicios complementarios y hasta el 70 % en los de consultoría; hasta el 25% en

los contratos por diferencia en las cantidades de obra; y hasta el 10% por la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo.

Estos trabajos complementarios y adicionales en muchos casos no son sino formas fraudulentas de adjudicarse un contrato al menor precio a sabiendas que no están consideradas estas obras perfectamente previsibles a fin de eliminar a la competencia que debe haber ofertado incluyendo estos rubros. Lo grave es que estas ampliaciones se las realiza en forma directa (Art.85 LOSNCP) sin licitaciones ni concursos dando lugar a alarmantes sobreprecios de los que la prensa se hace eco constantemente.

Nos parece insuficiente hasta demás permisivo con las acciones corruptoras el que, de acuerdo con el Art. 144 del Reglamento de la LOSNCP, únicamente se requiera de la petición del contratista y del informe del fiscalizador, estimando necesario la conformación de una comisión técnica para que pueda darse paso a este tipo de liquidaciones excesivamente discrecionales. De alguna manera con la expedición de la Resolución N. 42-10 del 15 de abril del 2010, ahora derogada, se atenuó la posibilidad de un pacto colusorio entre contratista y fiscalizador al regular que el monto y la forma de pago del contrato de fiscalización de una obra está relacionada con el monto del contrato principal de ejecución de obra, porque esto daba lugar a que el fiscalizador se lleve una gran cantidad de dinero haciendo el mismo trabajo que el que hacía en uno con montos menores[193].

El pago se realiza en proporción directa con el avance de la obra que fiscaliza y no podrá ser pagado en periodos fijos de tiempo. Esto daba lugar a que en el evento de que el contratista no avance o continúe, o que abandone la obra, el fiscalizador se quedad con el monto del anticipo y si era por tiempo, cobraba el ciento por ciento de su contrato de fiscalización sin haber realizado su trabajo porque el contratista no terminó la obra. No había una relación entre el contrato de ejecución de obra y el de fiscalización.

6.- En la medida en que las renegociaciones (adicionales y complementarios) a los contratos no están sujetas a las mismas exigencias de transpa-

193. Ecuadorinmediato.com.2010-09-03.08:18:00.Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción (AUDIO) "Comenzamos a revisar y encontramos que de las 32 obras de 14 contratos, 11 están inconclusas, no existen actas de entrega recepción en la mayoría de ellas.... Le llamó la atención que un solo fiscalizador se haya designado para los 14 contratos, y se llama J E A G".

rencia y competencia que los contratos iniciales, se prestan al abuso del poder (por cualquiera de las partes del proceso) o a la corrupción. Por otra parte, las demandas judiciales pueden ser también un instrumento mediante el cual el contratista busque obtener ventajas no contempladas en el contrato inicial[194].

7.-Corrupción en la liquidación del contrato o en el pago. Los controles que se ejerzan sobre los términos de una licitación o contratación pueden tener el efecto indeseable de desplazar la corrupción hacia delante, y son precisamente las etapas de liquidación y pago las candidatas a servir de soporte a la corrupción. Como siempre, la oportunidad para que ésta se presente está ligada al grado de discrecionalidad del funcionario público responsable.

8.-Los proveedores sin escrúpulos pueden sustituir productos de menor calidad por aquellos que se requirieron u ofrecieron en la licitación original. Pueden engañar sobre la cantidad de bienes o servicios proporcionados cuando entregan recibos de pagos, y pagar más sobornos a los fiscalizadores del contrato para inducirlos a que ignoren las diferencias. Además de aceptar sobornos y obviar los estándares de calidad y desempeño, los compradores pueden desviar los bienes y servicios para uso privado o para reventa. Los contratos involucran a un comprador y un vendedor. Cada uno puede corromper el proceso de adquisiciones de muchas maneras, y en cualquier fase.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el Banco Mundial[195] recomienda tener presente estos diez indicadores para las empresas que participan en un proceso de contratación pública:

1- Verificar el número de contratos otorgados a una empresa específica.

2- Las Tabulaciones de licitación de proyectos.

194. Ver Diario El Comercio, 30 de junio del 2010. Los dueños de Cosurca impulsan cuatro juicios por USD 60 millones de dólares, pese a que la Contraloría determinó que todas las empresas estaban relacionadas entre sí y en relación con Fabricio Correa.

195. 4http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/NEWSSPANISH/0,,contentMDK:22930079~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:1074568,00.html.

3- Las Empresas que presentan una oferta y después se transforman en subcontratistas del proyecto.

4- La Rotación de empresas que hacen la oferta más baja.

5- Revisar una diferencia porcentual constante entre las ofertas.

6- Un porcentaje específico de obras disponibles en unas zonas geográficas para una o varias empresas durante un período de tiempo.

7- Una diferencia porcentual constante entre la oferta más baja y la estimación del ingeniero.

8- Ubicación de la empresa que hace la oferta más baja en comparación con la ubicación de las empresas que hacen la segunda y tercera oferta más baja.

9- Variaciones en la oferta de precios por unidad presentada por un licitante en diferentes proyectos en las mismas condiciones.

10- Número de empresas que solicitaron paquetes de licitación en comparación con el número de las que realmente presentan una oferta.

3.4.- CORRUPCIÓN EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE FUNCIÓN.

Sin perjuicio de desarrollar este tema en otro trabajo, el soborno es un delito que consiste en utilizar la función pública para beneficio propio o de terceros. Existe una percepción casi generalizada tanto en los ciudadanos comunes como en los empresarios privados de que los concursos y las licitaciones se ganan cuando de por medio existe el soborno a los funcionarios públicos. El soborno es una práctica en la que intervienen dos partes: funcionario y contratista. Sin la participación de uno de ellos no se configuraría este delito. Su práctica es una cuestión natural en la contratación pública. Todos saben que sin ella una gran cantidad de empresas no sobrevivirían puesto que dependen del soborno e incluyen en sus precios el costo del mismo.

La visión o percepción que los funcionarios públicos involucrados dentro

del proceso de contratación tienen en relación con la práctica del soborno es mucho más invisible y aparentemente optimista. Niegan que exista tal fenómeno de corrupción y aseguran que el principio de libre competencia y transparencia se respeta.

La corrupción es de carácter sistémico porque implica el involucramiento de varios funcionarios en todo el proceso. No es que exista una relación de vinculación fuerte entre los funcionarios y los empresarios u oferentes sino que los interesados saben en qué momento intervienen con sus ofrecimientos y los funcionarios saben en qué momento presionan para generar tal ofrecimiento. Los roles que desempeñan cada funcionario en cada institución es conocido: intermediarios, enganches, comisionistas o prestanombres[196].

¿Deberán diseñarse reformas a la normativa legal para transparentar mejor procesos especialmente licitatorios, que son los de mayor volumen en relación al monto de contratación pero los menos utilizados en relación con el volumen de contrataciones globales, a fin de tipificar, sancionar o detectar en forma más específica conductas delictuales dentro del proceso de contratación y ejecución de los contratos?. Lo más probable es que la respuesta sea afirmativa y optimista admitiendo como un hecho que las autoridades legislativas y el SERCOP evalúen mejor en función de las denuncias y en las encuestas permanentes que deben ser implementadas y sistematizadas regularmente para proponer posibilidades reales de cambio. Algunas de las conductas ilegítimas, ilegales y delictivas que se ha encontrado en la única fuente a la que hemos acudido, como son las denuncias en la prensa, son las siguientes:

196. Publicado en Sin categoría | Etiquetado Ca, contra, Contraloría, corrupción, FJ | 1 comentario
El hijo del ex-alcalde , F J T, se compró una casa en $850.000 y pagó en efectivo. Publicado el 24 agosto, 2011 por D Transcribo la noticia aparecida en diario El Comercio del Martes 23 de Agosto del 2011".. De acuerdo con una certificación de la Unidad de Transferencia del Municipio de Quito, F J compró el inmueble en USD 850 000, en efectivo. El traspaso de dominio fue registrado el 31 de mayo de este año. Él declaró USD 615 de Impuesto a la Renta, en el 2010... Mientras el hijo tiene $850.000 para comprar una casa en Quito, el padre tiene juicio de insolvencia con el Municipio de C por no pagar las glosas. El señor F J T tendrá que explicar de dónde salió el dinero para comprar semejante bien si solo pagó $615 de impuesto a la renta".

3.4.1.- Acciones Fraudulentas.

Cuando el funcionario público con el evidente afán de influenciar y direccionar un proceso en beneficio de un interesado tergiversa los hechos para incluir dentro del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato interpretaciones interesadas[197] o criterios omisivos, como por ejemplo en los procesos de reajustes de precios, en inclusión de las cláusulas de reajuste por procesos inflacionarios, o porque en la calificación de empresas aparecen grandes empresas calificadas como medianas o pequeñas buscando obtener ventajas fraudulentas.(Caso INEC antes referido y caso Odebrech).

3.4.2.- Prácticas Colusorias.

La colusión es la concertación que hacen dos o más proveedores para presentar ofertas arregladas en cuanto al precio a fin de desprenderse de la libre competencia y ser adjudicados con el consiguiente perjuicio a los fondos públicos. (Caso INEC). Esta es una práctica muy usual en el país y se acentuaba más antes de la expedición de la LOSNCP en donde era por demás común la entrega de la oferta con tres o más ofertas de la "competencia" que eran mayores en el costo que la del oferente interesado. La colusión se configuraba con la participación del funcionario público. En la actualidad todavía se realizan estas prácticas en los procesos de contratación directa de ínfima cuantía, aspectos que son muy difíciles de controlar[198].

197. Modificar las condiciones establecidas en los pliegos, en una fecha muy cercana al cierre, de tal manera que solo uno de los aspirantes pueda cumplir con los nuevos requisitos. Ese "solo uno" conoce con anticipación cuáles serán las nuevas exigencias y con anterioridad tendrá s us documentos listos. (Dentro de la etapa de "Preguntas, Respuestas y Aclaraciones", la entidades conociendo la fecha límite para real izar aclaraciones, las realiza a última hora, dejando a todos los oferentes sin tiempo necesario para generar un oferta con los cambios solicitados, y beneficiando de manera automática al oferente al cual se le dio la información con anterioridad, con lo que seasegura que este sea el único que cumpla con todos los requisitos solicitados) Ver más en http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf que contiene el MANUAL DE BUENAS PR ÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO realizado por la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL, COORDINACIÓN TÉCNICA DE CONTROVERSIAS e INTENDEN CIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVA-SCPM

3.4.3.- Prácticas Coercitivas.

Son aquellas que en las que participan los proveedores directamente o por medio de sus personeros o intermediarios para bajo amenazas de daños o de represalias en contra de los funcionarios públicos hacerse adjudicar a la fuerza contratos por montos generalmente superiores a los que se habría conseguido de existir una libre competencia. En este tipo de prácticas fraudulentas quienes amenazan son terceros o ciertos funcionarios públicos pertenecientes a la misma u a otra entidad pública.

3.4.4.- Prácticas de Obstrucción.-

Esta es una práctica cotidiana que se realiza en los momentos en los que la Contraloría General del Estado sea a través de los controles internos o a través de las auditorías realiza alguna investigación en torno a cierto proceso contractual y que consiste en la destrucción, falsificación, alteración ocultamiento o en la entrega de datos e información alterada o falsa para impedir, retardar o deslegitimar esa investigación.

3.4.5- Prácticas de Nepotismo.-

En nuestro país han existido varios casos de adjudicación de contratos

198. Ejemplos:1.-Los oferentes que participan en una subasta pactan previamente hasta dónde pujar, el piso, y quién se la gana. También se pacta con anterioridad la suma que, a manera de "indemnización", el "ganador" pagará al "perdedor". (Proveedores de una misma actividad económica, llegan al acuerdo de repartir equitativamente los procedimientos en los cuales participen, pactando quien será el ganador, producto de esto tenemos que no se lleva a cabo el objetivo principal de la puja, el cual es encontrar el costo menor de una contratación, ya que el ganador rebaja su oferta lo mínimo posible).2.-Las entidades del Estado con frecuencia celebran contratos con instituciones educativas para que capaciten a su personal en temas específicos. La trampa aquí puede presentarse de la siguiente forma: La entidad contrata la instrucción de X número de personas a un precio Y por cada alumno. El negocio está en que el número de estudiantes consignado en el contrato es superior al número de personas que realmente tomarán el curso. El dinero recibido por concepto de los que no existen, es repartida entre el funcionario y la institución corrupta. (La Entidad lanza un procedimiento sobre valorado, para que exista una diferencia de dinero que no le pertenece al contratista y que previamente ya se ha pactado que sea repartido entre el proveedor y los funcionarios). http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf antes citado.

a familiares cercanos a las autoridades de la entidad contratante mediante procedimientos viciados que debieron evitarse o suspenderse en el momento concursal pertinente y oportuno. Se cometieron varias infracciones que en la legislación contractual pública muchas de ellas ni siquiera están tipificadas como infracciones o delitos.

Se refería a nepotismo cuando el contrato fue adjudicado a empresas que tenía como accionista otra empresa extranjera, ésta última a su vez tenía como socio a un familiar del principal funcionario público de la entidad contratante. Se habla de tráfico de influencias como una forma de explicar el por qué tantos contratos han sido coincidencialmente adjudicados a cierto grupo de empresas.

Esta es una consecuencia de la forma obscura y ambigua con la que redactó la ley la misma que al carecer de contrapesos institucionales de vigilancia se desperdició la oportunidad de configurar un sistema de alertas internas en las propias instituciones que pudieran sobrevenirse en un proceso de adjudicación. No obstante existir una institución como el SERCOP y una legislación de avanzada en materia de contratación pública, no vemos todavía la consolidación y la madurez de un sistema que no ha desarrollado mecanismos de mercado que active las alarmas en forma transparente para que se promueva una competencia sana y efectiva136. Estos sensores deben estar en la sociedad, no pueden estar dentro del Estado y peor como política del gobierno porque puede perderse en procesos simplemente generadores burocracia[199].

3.5.- CORRUPCIÓN EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

Galina Mikhlin Oliver, directora de Estrategia y Servicios Básicos de la INT en una página del Banco Mundial[200] afirmaba que "...Cuando la colusión o la corrupción son sistémicas, el cambio requiere romper el ciclo de

199. Ver en Revista Vistazo, del 2 de julio del 2009. Alfredo P. Artículo titulado: Ilegitimidad. En relación con los contratos adjudicados a FC..se critica que la LOSNCP estuvo hecha para que no existiera prohibición legal para que personas jurídicas conformadas con parientes de funcionarios públicos puedan contratar con el Estado y no estar sujeta al régimen de prohibiciones.

200. hhtp://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/NEWSSPANISH/0,,contentMDK:22930079~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:1074568,00.html

abuso de los recursos mediante la incorporación de alguien del exterior, por ejemplo una autoridad fiscalizadora, un organismo dedicado a combatir la corrupción, una autoridad en ley sobre competencia, una entidad suprema de auditoría, o, en el caso de un gobierno local, el gobierno nacional. Si hay altos funcionarios involucrados, la incorporación de una persona ajena puede ser particularmente desafiante...". Y esto coincide con la fundada creencia de que la corrupción no constituye un conjunto de operaciones aisladas sino que forman parte de un sistema en el que están integrados muchos actores con intereses diferentes.

Frente a este problema la ejecución misma del contrato presenta una serie de aristas tergiversadoras del principio de cumplimiento contractual para ambas partes porque la legislación en esta materia ha debilitado a la parte del Estado. Veamos por ejemplo lo que sucede en algunos puntos de la ley.

Originalmente había anticipos de hasta el 90% del valor del contrato que recibía el contratista para que empiece a cumplir con su obligación situación ante la cual la administración solo podía apelar a la honradez y la buena fe del contratista para que no desaparezca con todo.

En nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una sede administrativa breve, rápida y eficaz para solucionar los problemas derivados del incumplimiento de los contratos y solo queda la última posibilidad de pretenderlo solo en sede judicial. Los principales problemas con los que nos enfrentamos en este punto son los siguientes:

a.- No son pocos los casos en que comprobamos que lo que estaba especificado en el contrato original no tienen mucho que ver con la obra que le entregan a la administración al término del plazo estipulado. Sea por la calidad de los materiales utilizados, sea por el diseño o sea porque no está completa.

b.- La dudosa cantidad y necesidad de las obras complementarias, de las órdenes de trabajo y de otros mecanismos a través de los cuales se re liquidan al precio actualizado volúmenes de obra que no han sido realizadas por cantidad ni por calidad. Los contratistas corruptos (junto a funcionarios corruptos) en franco accionar colusorio se hacen entregar grandes cantidades de dinero por ajustes sobrevaluados y muchas veces

innecesarios[201].

La fiscalización de la ejecución de los contratos viene siendo un factor multiplicador por la falta de control sobre el control. Esta delegación que el Estado hace para que terceros participen en su nombre para verificar el cumplimiento de las especificidades contractuales con la finalidad de que la obra pública sea construida con todas las garantías de diseño en términos de eficiencia y eficacia para evitar obras con calidad disminuida y con márgenes de utilidad ilegal para los contratistas producto de estas desmejoras en la ejecución contractual, no es sino el reflejo de un proceso viciado que puede originarse en las etapas anteriores pero que puede subsanarse con una especial vigilancia sobre los trabajos de fiscalización[202].

3.6.- ESTADÍSTICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Según la organización Transparencia Internacional una mmedia de un 70 por ciento del presupuesto nacional de cada país se gasta mediante los procesos de adjudicación de contratos públicos.

Los gastos públicos relacionados con la provisión de bienes, obras públicas o servicios alcanzan una suma en el mundo de más de 4 billones de dólares USD al año. Las pérdidas por corrupción en esta área se estiman entre el 10 y 25 por ciento del presupuesto nacional. En algunos casos pueden ser de

201. El Diario Manabita - Noticias de Ecuador - Noticias de Manabi - Diarios Periódicos Ecuador. Martes 4 de octubre de 2011.Denuncian corrupción en contratos petroleros.El Secretario Nacional Anticorrupción, AV..., explicó con detalles todos los actos de corrupción cometidos en la remediación del derrame de petróleo de crudo Sacha 106 y el conflicto entre Petroproducción y la empresa E... . V indicó que en su facultad de denunciar los actos de corrupción, han mandado una carta a Petroproducción haciendo conocer que están investigando el tema, que les sorprende sobremanera que se haga un juicio contra los funcionarios que están impidiendo un pago indebido, como el caso de E, donde hubo documentos que anteriormente se firmaron para que se cancele 8'000.000 de dólares cuando sólo se debía pagar por sus servicios un máximo de 3'000.000 de dólares". "... ha pedido "que se haga una investigación sobre la remediación de crudo en el Cuyabeno, porque también recibimos una denuncia de que había comenzado por 800.000 o 900.000 dólares y finalmente terminaban cobrando 9'000.000 de dólares". (subrayado es nuestro)

202. Ver LA Resolución INCOP N.056-2012 del 08 de febrero del 2012 relacionada con los márgenes de preferencia y forma de pago en los contratos de fiscalización de obras, relacionado con los procedimientos de Concurso Público, Lista Corta y Contratación Directa de Consultoría

hasta entre 40 y 50 por ciento del valor del contrato.

La corrupción en contratación pública conduce a la distorsión de una justa competencia empresarial, al malgasto de recursos escasos en países en vías de desarrollo y al abandono de la satisfacción de las necesidades básicas.

Las cifras y estadísticas a ser presentadas en este trabajo corresponden a la información proporcionada por el SERCOP y el ex INCOP a través de sus boletines de prensa. Especialmente figuran el Informe Anual 2011 del ex – INCO; el Informe de Labores del 2012 del ex INCOP; el Informe de Labores 2013 del SERCOP; el Informe de Rendición de cuentas del 2015 del SERCOP y otros datos de Transparencia Internacional. El resto de porcentualizaciones y deducciones cuantitativas son realizados por el autor, advirtiendo que para facilitar el cálculo se ha desechado las cifras ínfimas y se han redondeado las cifras mayores.

No obstante, tomando como fuente de datos a la prensa y a las instituciones estatales como el Banco Central, además de los Informes del SERCOP y del ex - INCOP correspondientes a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2013, 2014 y 2015 el PIB del Ecuador del año 2009 fue de USD 51.106 millones de dólares, el del 2010 fue de USD 69.555.367.000,00 millones, el PIB del 2011 fue de USD 79.276.664.000,00; el del año 2012 fue de 87.623.411.000,00; en el año 2013 ascendería a 94.472.679.000,00; el PIB del año 2014 es de 101.094.156.318,52 y el del año 2015 de 108.625.544.667,001. En relación con el Presupuesto General del Estado éste ha crecido en relación al año 2010 en un 70% sin embargo las compras públicas apenas han crecido en un 1% al pasar de siete mil a siete mil trescientos millones de dólares, en números redondos, de acuerdo a la tabla presentada en el Informe Preliminar del INCOP del 2015[203].

Como vemos entre el PIB del año 2009 y PIB del año 2015 existe un crecimiento de aproximadamente el 52 por ciento de producción adicional y las compras públicas apenas han dado un salto cercano al 1%. La interpretación más adecuada de estas cifras nos llevan a una inevitable conclusión: Que el porcentaje de crecimiento de contratación pública que no paso por

203. Ver en http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/Directorio_RendicionDeCuentas.pdf Ultima consulta el 25 de septiembre del 2013 a las 18h43.

el portal de compras públicas y por el control del SERCOP corresponden a las cifras negras de la contratación directa y especial que no son información de carácter público y que se mantienen ocultas por el principio de confidencialidad.

Analicemos brevemente por cada herramienta utilizada por las entidades contratantes en relación con los objetivos de ahorro y control de la corrupción en la contratación pública de acuerdo al Informe del INCOP del 2009 al 2015.

1.- La herramienta de las compras públicas por Catálogo Electrónico.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

En el año 2008 ha generado un ahorro de USD 4, 299,904.30 contabilizado como la diferencia entre el precio ofertado (USD 40, 132,440.16) y el precio adjudicado mediante el proceso de la puja(USD 35,832,535.86) lo que significa un porcentaje de ahorro del 10.71%.

En el año 2009 el precio ofertado fue de USD 59, 441,281.11; el precio adjudicado fue de USD 53, 072,572.42, el ahorro fue de USD 6.368,708.69 lo que representa el 10.71% coincidencialmente igual al periodo anterior. Lo que no está claro es cuál fue la metodología para cuantificar ese ahorro si fue en función del precio de mercado o en función del precio al que accedieron antes esas instituciones. Un ahorro del 10.71% en relación a los montos de la contratación es similar al obtenido de cualquier proveedor para una compra de ínfima cuantía.

En el año 2010 el precio adjudicado fue de USD 138.901.701,38 sin registrarse si hubo o no ahorro posiblemente en razón de que establecer un presupuesto previo a una compra por catálogo los precios difícilmente van a variar porque ya están fijas en el catálogo de precios. Esta lectura implica que compraron los productos al mismo precio del año 2009 con un ahorro de cero dólares. En otras palabras el SERCOP deberá a futuro considerar a este tipo de adquisiciones como contratación directa porque en esencia esa es la naturaleza.

En el año 2011 existe un gasto de 198 millones, en el 2012 incluida la compra de medicamentos alcanza la suma de 478 millones; en el 2013 tiene cifras de 373 millones; en 2014 asciende a 420 millones y en el 2015 tiene un monto de 337 millones, cifras truncadas para números redondos. En estos últimos años del periodo estudiado no registra ahorro de ninguna magnitud.

El Art. 43 de la LOSNCP prescribe que el SERCOP efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará convenios marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que éstos a futuro sean adquiridos por las entidades públicas. A futuro dice la ley, porque el SERCOP no compra nada sino que fija consensualmente los precios para que en lo venidero las entidades hagan las respectivas adquisiciones de manera directa. Su proceso de adquisición casi no tiene trámites demorosos que cumplirse. La tendencia obvia y natural de la contratación pública sería tener un catálogo negociado de todos los productos y no solo de los normalizados para ser adquiridos directamente. Esa es la tendencia y el principio rector del Sistema Nacional de Contratación Pública y no el de Licitación como equivocadamente se piensa.

2.- En la subasta Inversa Electrónica.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

Tenemos que en el año 2008 el valor presupuestado fue de 112, 664,494.20; el valor adjudicado fue de 102, 570,060.43; el valor que constituye un ahorro es el de 10, 094,433.77 lo que representa un porcentaje del 8.95%.

En el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 692, 644,087.03; el valor adjudicado fue de USD 563, 597,420; el ahorro fue de 129, 046,666.12 que significa un porcentaje del 18.6%.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 639.963.188,24 y el valor adjudicado alcanzó la suma de 569.893.653,35 USD. El valor ahorrado por la utilización de este procedimiento es de 70.069.535 USD lo que representa un ahorro del 11.4% del valor presupuestado.

En el año 2011 el valor presupuestado fue de 1.593.338.608,56 USD y el valor adjudicado alcanzó la suma de 1.259.587.108,24 USD. El valor ahorrado es de 333.751.500 USD lo que representa un ahorro del 20.9% del valor presupuestado que son valores muy considerables si analizamos fríamente las cifras.

En el año 2012 el monto total de las compras por este procedimiento alcanzan la suma de 1.660 millones de dólares registrándose un ahorro del 16% en relación con los precios referenciales.

En el año 2013 tiene una cuantía de 1.653 millones registrándose un ahorro del 12% del monto asignado.

En 2014 igualmente registra 1.777 millones de dólares sin registro de ahorro alguno. Finalmente en el año 2015 la subasta inversa electrónica registra una contratación por el monto de 1.866 millones sin registro de ahorro alguno.

Pero, es de conocimiento general en los contratistas que el valor presupuestado o valor referencial es un valor que en varias ocasiones ha sido seriamente cuestionado en razón de que casi todos los funcionarios públicos corruptos inflan el presupuesto para esa obra y en la puja gana el postor de menor precio en condiciones desventajosas para el erario nacional. Los precios para verificar la existencia de un verdadero ahorro deben ser sobre la base de los precios de mercado y en base a una canasta de oferentes y no sobre las dudosas previsiones de funcionarios de instituciones que tienen un largo historial de corrupción en compras públicas.[204].

204. León Roldós Aguilera. Presidente: le está robando. Artículo. Cuaderno ¡.El Comercio del 01 de septiembre del 2010. Los lectores recordarán los cientos de espacios en la TV, contratados por el gobierno de Correa, sobre los supuestos grandes ahorros en las contrataciones y compras públicas. El propio Correa, varios sábados, ha incidido en el tema de tales ahorros. ¿Cómo se calculan los supuestos ahorros los del entorno de Correa?. Toman los precios referenciales que fijan las entidades de gobierno realmente hiperinflados y los comparan con los precios que contratan y pagan las mismas entidades, algo por debajo de los grotescos sobreprecios, pero muy por encima de los precios del mercado. Correa recibe la información y se emociona y proclama los supuestos ahorros porque se "Han tumbado los precios". Presidente: le están robando al Ecuador y le inducen a Ud. Que proclame la falsedad de los inexistentes ahorros. Hay una publicidad deshonesta por la práctica repetida del actual gobierno de fijar precios referenciales hiperfinflados dos veces más por encima de los precios del mercado, para los productos y las obras o servicios a contratar. Para eliminar a las posibles ofertas serias, se asumen rigideces de calificación de los oferentes, respecto a los que quieren excluir, y se ajustan invitaciones y pliegos a favor de otros oferentes. En subasta inversa o en cualquier otra modalidad pre-contractual aparecen los ungidos...

Pongamos un ejemplo. Los valores referenciales de construcción determinados por la Cámara de la Construcción, para hablar de la Provincia de Pichincha, son parámetros inflados en función de asegurar cierta compensación al profesional de la construcción por el riego que significa contratar con el Estado (rompimientos unilaterales, no reconocimiento de reajustes, tardanza en el pago de planillas, la aceptación y entrega de la obra, sobornos, coimas, etc.). El porcentaje de inflación alcanza en la mayor parte de los rubros hasta en un 60% y con esta inflación artificial entran a concursar todos los ofertantes quienes se rebajarán de acuerdo a su percepción de mayor o menor riesgo que corra frente al general incumplimiento del Estado.

En estas condiciones el SERCOP debería obligatoriamente elaborar unas nuevas tablas referenciales más reales para que en verdad aparezca un ahorro considerable al erario nacional, especialmente en materia de ejecución de obras que es el grueso de la contratación pública formal.

En el área de los fármacos, bienes, maquinarias y de los repuestos no debe dejar de concretarse la preocupación de la existencia de ciertos proveedores que tienen como objetivo ganar subastas inversas electrónicas ofreciendo bienes falsificados internacionalmente cuyos precios no pueden competir con los bienes de procedencia legal y original.

Sin embargo, existe un promedio de ahorro del 12% del monto asignado previa subasta inversa lo que en si representa una porcentaje que de no haber existido o no haberse realizado este proceso, simplemente se iban a manos de los oferentes. Ya existe una cultura de la previsión sobre la puja porque siempre tiende a la baja y el colchón porcentual para que el oferente se cu-

... con ofertas algo por debajo de los precios referenciales que han sido previamente hiperinflados para la pillería y sí muy por encima de los precios de mercado, por lo que los precios finales están suprainflados. El problema se ha evidenciado en las impresiones para el Censo de Población y Vivienda previsto para noviembre del 2010, en el INEC. Trabajos de imprenta que no debían costar más de USD 2.5 millones se invitaron a ofertar con el precio base de USD 7.3 millones, casi tre3s veces el costo real. Las empresas Mariscal y Senefelder de fuerte presencia en el mercado, informa la prensa que fueron descalificadas.! Oh prodigio!, se adjudicó a un ofertante en USD 6.5 millones. El "ahorro" en relación al precio referencial era de USD 800.000-así se publicitaría-.El sobre precio real era de USD 4 millones. Por la denuncia de medios se ha anulado el proceso y ¿ qué sanción habrá para los responsables?. En caso de compras de medicamentos por el IESS el año 2009 se multiplicaron casos similares. Denunciados los ilicitos antes que se firmen los contratos, la justificación fue que se habían cometido "errores de tipeo". ¡Qué pillines!, decenas de documentos, invitaciones, ofertas y adjudicaciones con "errores de tipeo". Ni los ingenuos lo creen. Presidente ¿ va ha seguir repitiendo cifras mentirosas de ahorro? O lo que deberíamos esperar ¿ va ha ordenar exhaustivas auditorías para que desaparezcan los precios referenciales hiperinflados?

bra de posibles riesgos de perdida se lo fija en los precios iniciales. Pese al peligro de que se forme un cartel, de oferentes en donde el monto total de los contratos se divide entre los miembros del grupo de manera que todos tengan acceso a uno o varios de ellos a precios que no tiendan a la baja en demasía, este mecanismo es el más confiable aunque el SERCOP deba implementar los mecanismos informáticos que le permitan un mayor control.

3.- En los procedimientos de Menor Cuantía.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

En el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 149, 047,288.68; el valor adjudicado fue de USD 144, 395,894.80; el ahorro fue de USD 4.651,393.88 lo que significa un porcentaje de del 3.1 por ciento.

En el año 2010 hubo 26.188 procesos de esta modalidad en los que el valor presupuestado fue de 615.550.432,29 USD y el valor adjudicado fue de 613.355.698,49 USD dando como resultado un ahorro de 2.194.734 USD. El porcentaje de ahorro denota la existencia de un irrisorio 3.5% de ahorro en relación con el monto presupuestado.

En el año 2011 hubo hasta agosto 10.355 procesos con un valor presupuestado de 282.622.381 USD y adjudicado por 281.816.032 con un ahorro de 806.349 USD que en porcentaje llega a la ínfima cantidad de 0.28% que prácticamente demuestra que no existe ahorro de ninguna naturaleza.

En el lapso de anos comprendidos entre el año 2011 al 2015 los procesos adjudicatorios mediante la utilización de este procedimiento alcanzaron la cifra de 3.060 millones de dólares lo que representa el 7% aproximadamente del valor total de contratación pública en este periodo, cifra que sorprendentemente también nos indica que hubo un ahorro del 0.15% de promedio en ese lapso lo que prácticamente nos lleva a concluir que igual que en los casos anteriores los cálculos realizados por las entidades públicas para asignar los recursos coincidieron al milímetro con el valor adjudicado, aspecto que nos lleva a la sospecha de estar frente a un fenómeno en donde puede haber

nichos grandes de corrupción. Está determinado que la mayor parte, por no decir la totalidad de las adjudicaciones realizadas mediante este mecanismo son de contratación directa donde no existe concurso con nadie. En definitiva, en este tipo de procedimiento no hay ahorro, conclusión que no tiene otra explicación que la utilización de la contratación directa y preferencial sin concursos ni procesos que permitan la participación libre y transparente de ofertantes. Este tipo de contratación refleja en cifras el dinero que por corrupción pierde el Estado solo en este rubro, si consideramos que la media porcentual de ahorro es de un 10% aproximado.

4.- En las compras por Cotización.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

En el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 199, 849,106.56; el valor adjudicado fue de USD 183,437,603.24; el ahorro fue de 16.411.503,32 USD.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 490.266.172,42, el valor adjudicado fue de 459.147.765,01 dando evidenciándose un ahorro de 31.118.408 USD lo que se traduce en un porcentaje del 6.3% del valor presupuestado.

En el año 2011 en valor presupuestado es de 267.996.350 USD. El valor adjudicado es de 254.315.467 produciéndose un ahorro de 13.680.883 USD que representa el 5.1%.

En el lapso de los años comprendidos entre el año 2011 al 2015 los procesos adjudicatorios mediante la utilización de este procedimiento de Cotización alcanzaron la cifra de 3.338 millones de dólares lo que representa el 7% aproximadamente del valor total de contratación pública en este periodo, cifra que denota un leve incremento del nivel de ahorro llegando a un promedio del 4% del monto del valor pre asignado.

Este porcentaje sube mucho más en relación al de menor cuantía porque existe más control ya que este procedimiento se sujeta a los requisitos cons-

tantes en los pliegos, además existe la obligación de que se invite a 5 proveedores de los cuales se elige la mejor oferta. También existe contratación preferente.

5.- En los procesos de Licitación.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

Existe un presupuesto de USD 263, 535,302.90; un valor adjudicado de USD 242, 299,566.78 y un ahorro de USD 21, 235,736.12 lo que representa un porcentaje de 8%.

Para el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 1, 128, 958,241.88; el valor adjudicado fue de USD 974,008,085.78; el ahorro fue de USD 154,950,156.10 que porcentualmente alcanza la cifra de 13.7% . Siendo la licitación un procedimiento más controlado en relación con la ley anterior se podría aventurar que este monto de ahorro es el más verosímil.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 1.521. 382.886 USD; el valor adjudicado fue de 1.429.300.531 generándose un ahorro de 92.082.355. Existe un ahorro del 6%.

En el año 2011 el valor presupuestado es de 1.069.920.145 USD. El valor adjudicado es de 1.017.593.652 USD. El ahorro es de 52.326.493 USD. El porcentaje de ahorro es del 4.8% del valor presupuestado.

En el periodo entre los años 2011 al 2015 los procesos de contratación mediante la utilización de este procedimiento de Licitación alcanzaron la cifra de 9.136 millones de dólares, que significa el 20% aproximadamente del monto total adjudicado en aquel periodo de cinco años. Lo realmente notorio es que las cifras de ahorro calculadas entre los montos pre asignados y los montos adjudicados son del orden del 8% lo que es muy explicable porque existe una mayor control por parte del SERCOP y de otras entidades dado que los montos a contratarse son generalmente muy altos.

6.- En relación con la contratación Directa

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

En el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 17, 160,233.47; el valor adjudicado fue de USD 17, 138,553.84; el ahorro fue de USD 21,679.63 lo que representa un porcentaje de 0.12%.

El año 2010 el valor presupuestado fue de 94.734.846 USD. El valor adjudicado fue de 92.860.614. El ahorro fue de 1.874.232 USD. El porcentaje de este ahorro es de 1.97%.

El año 2011 el valor presupuestado fue de 5.511.447 USD. El valor adjudicado fue de 5.411.918. El ahorro fue de 92.529 USD. El porcentaje de este ahorro es de 1.67%.del valor presupuestado.

En relación con la contratación directa, en el año 2015 mediante la utilización de los procedimientos comunes se ha adjudicado contratos por el momento de USD 4.702.399.714,59. En este mismo año mediante procedimientos especiales se han adjudicado USD 2.677.360.617,74 lo que significa el 57% aproximadamente del total de montos de la contratación pública se han hecho mediante procedimientos especiales. El régimen especial está previsto en el Art. 2 de la LOSNCP y se refiere a las compras que puede realizar el Presidente de la Republica del acuerdo al Art. 2 del Reglamento de la LOSNCP, es decir, de manera directa dadas las características de los servicios y bienes que se adquiere, pero con altísimas dosis de discrecionalidad que prácticamente borra las precautelatorias que tiene por su naturaleza la LOSNCP para preservar un mínimo de transparencia y aseguramiento de la efectividad del servicio o de la obras contratadas.

El Art. 2 del reglamento textualmente dice: "...Art. 2.- Régimen especial.- Para los procesos de contratación señalados en el Art. 2 de la Ley, la máxima autoridad de la entidad contratante, de considerar de manera motivada que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en dicho cuerpo legal, determinará los procedimientos especiales que se observarán para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, de acuerdo a los criterios determinados en los Pliegos. Para estos

procesos no se requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley tales como el registro único de proveedores RUP, estudios de desagregación tecnológica, compras de inclusión, porcentajes de participación local, formatos de documentos precontractuales, publicación en el portal, entre otros. Será la máxima autoridad de la entidad contratante la que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos..."

Estos resultados reflejan y confirman la hipótesis de este trabajo: que las contrataciones directas no son ni constituyen mecanismos idóneos a través del cual las entidades contratantes puedan generar ahorro institucional en materia de contratación pública. La tendencia es utilizar cada vez más este mecanismo de contratación directa con la solapada intencionalidad de fracasar los procedimientos que tienen más control. Lastimosamente la ley vía excepción concede cada vez más facultades a las máximas autoridades para que en caso del fracaso de un procedimiento en subsidio se acuda a la contratación directa[205].

Lo que llama la atención es que esta cifra no representa bajo ningún parámetro racional el valor total y la cantidad de transacciones que se realizan por contratación directa. Este mecanismo existe para el SERCOP cuando hace relación a la contratación que se hace en materia de consultoría cuando el presupuesto referencial del contrato no es mayor al 0.000002% del PIE y no toma en cuenta todos mecanismos directos e indirectos de contratación pública previstos en la ley, tal es el caso de los Arts. 6, núm. 3); Art.51 núm. 1 y 3; de la LOSNCP y Arts. 80, 81, 89, 90, 91, 93, 94, 95,96 hasta el Art.108 y lo que establecía la Resolución del INCOP N.43-2010.

El SERCOP confunde el procedimiento de la contratación directa con el mecanismo contractual de la contratación directa. El primero únicamente esta reglado para el caso del Art. 40 numeral 1 de la LOSNCP y el segundo en los demás artículos antes descritos y la utilizan cuando uno de los procedimientos ha fallado o porque así lo dispone la ley.[206]. En tal virtud el monto real de la

205. Uno de varias disposiciones en este sentido es el Decreto ejecutivo N.401 del 21 de junio del 2010 en el que se conmina a las autoridades de las entidades que prestan servicios de salud incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para que utilicen la contratación directa en caso de que la subasta inversa resulte fallida por inconveniencias institucionales o por cualquier otra razón.

206. Ecuadorenvivo.com.Martes 4 de octubre del2011.Diario El Comercio de Quito. Nuevas irregularidades en el Banco de Fomento. domingo, 12 de septiembre de 2010 08:14."... Al estar vigente el estado de emergencia, las autoridades podían elegir directamente (a dedo) a la proveedora. Y por ello, invitaron a compañías, entre ellas Araoftware, Datap y Cobisc (ex Maco), para que presentaran sus propuestas...".

contratación directa es inmensamente superior a este descrito cuyo monto puede superar el 60% de todas las compras públicas y que de mantenerse estos porcentajes de ahorro mínimo concluiríamos que la utilización del mecanismo más desacreditado, en cuento a que mantiene altos los niveles de corrupción burocrática, es la regla general permitida por el SERCOP y con tendencia al alza, aclarándose que nos referimos a un vicio de carácter estructural y sistemático que es necesario revisarlo[207].

7.- En el procedimiento de Lista Corta

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

El monto del valor presupuestado fue de USD 16, 125,502.82; el valor adjudicado fue de 15, 614,979.38; el ahorro fue de USD 510,523.44, siendo el porcentaje del 3.1%.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 77.523.556 USD. El valor adjudicado fue de 75.652.786 USD. El valor del ahorro asciende a 1.870.770 USD. El porcentaje de ahorro es del 2.4%.

En el año 2011 el valor presupuestado fue de 7.139.006 USD. El valor adjudicado fue de 6.948.806 USD. El valor del ahorro asciende a 190.200 USD. El porcentaje de ahorro es del 2.6%.

Entre los años 2011 al 2015 los procesos adjudicatorios mediante la utilización de este procedimiento de Lista Corta alcanzaron la cifra de aproximadamente 556 millones lo que significa el 1.2% del monto total. Realmente tienen un peso muy insignificante sin embargo el nivel de ahorro igualmente alcanza cifras ínfimas, en este caso, el 1.3%

207. El Comercio, miércoles 7 de septiembre del 2011. Pag.2cuaderno 1. La percepción que tiene la ciudadanía es que los estados de emergencia o de excepción están orientados a gastarse los recursos asignados sin observar el procedimiento de la LOSNCP y a disminuir los derechos de los funcionarios. Las autoridades involucradas justifican el hecho por el estado de abandono de la institución y para hacer más expeditos las adquisiciones pero observando el principio de transparencia. Caso estado de excepción de la Función judicial

Mantiene la tendencia de ahorro. Pero este porcentaje es mayor al anterior procedimiento por cuanto para aplicarlo se necesita por lo menos una invitación para que participen entre 3 y 6 consultores y una comisión técnica que puede negociar directamente con el ofertante seleccionado. El nivel de control es similar al de menor cuantía por lo que las cifras se equiparan para estos procedimientos.

8.- En el procedimiento de Concurso Público

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

Para el año 2009 el valor presupuestado fue de USD 34, 191,431.77; el monto adjudicado fue de USD 32, 571,578.43; el ahorro fue de USD 1, 619,853.34 lo que significa un porcentaje de 4,7%.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 37.813.418 USD. El valor adjudicado fue de 39.353.435 USD. Este caso particular no tiene un ahorro sino al contrario registra un valor superior al presupuestado de 1.540.017 que en porcentaje asciende en 4%.

En el año 2011 el valor presupuestado fue de 5.908.022 USD. El valor adjudicado fue de 5.926.378 USD. Tampoco en este año no se registra un ahorro sino por el contrario se tiene un valor negativo superior al presupuestado en un 3.1%.

En el lapso de años comprendidos entre el año 2011 al 2015 los procesos que utilizaron este procedimiento de Concurso Publico alcanzaron la cifra de 612 millones de dólares lo que significa apeas el 1.3% del monto total de la contratación pública en el periodo analizado. Pero es importante reconocer que el nivel de ahorro es de cerca del 7% lo que le acerca al nivel de ahorro de la Licitación probablemente a que la ley fija para este tipo de procedimiento requerimientos más transparentes y competitivos para otros interesados.

El concurso público en consultoría implica un mayor control de la comisión técnica que debe seguir un proceso de adjudicación más vigilado. Sin

embargo es necesario recordar que siendo éste procedimiento el único en el que se puede negociar con el consultor más calificado, nos preguntamos por qué es imposible que una diferencia promedio del 3% de contrato no se haya podido negociar en el momento contractual oportuno establecido en el Art.41, número 5, para poder ajustar el valor ofertado al valor de presupuestado. ¿Existen procedimientos de control y seguimientos efectivos para evitar actos de corrupción en materia de consultoría a sabiendas que se trabaja sobre algo que no es fácil percibirla objetiva y materialmente?

9.- Publicación y adjudicación directa.

Tomamos los datos entregados del 2009 al 2015 que constan en los informes anuales del SERCOP:

Para el año 2008 el valor presupuestado fue de USD 2, 027,212,089.96; el valor adjudicado fue de USD 2,027,522,165; el ahorro fue de 0,00 dólares lo que representa un porcentaje de 0% .

Para el año 2009 el valor presupuestado fue de 2, 154,528,141.07; el valor adjudicado fue 2,154,838,250.16; El valor ahorrado fue de 0,00 dólares, en 90.513 procesos.

En el año 2010 el valor presupuestado fue de 1.822.237.250 USD y el valor adjudicado fue de 1.822.237.250 USD. Cero ahorro en cerca de 98.470 procesos.

En el año 2011 el valor presupuestado fue de 3.137.776.341 USD y el valor adjudicado fue el mismo, teniendo cero ahorros en 38.402 procesos.

Mediante este procedimiento se ha adjudicado desde el año 2008 hasta agosto del 2011 la cantidad de 9.141.753.821 millones de dólares. Siendo USD 15.808.798.374 USD el total de compras públicas adjudicado en este mismo periodo de tiempo, lo adjudicado mediante este procedimiento de publicación representa el 57.8% sobre el cual el ahorro público marca cero. En otras palabras, de cada cien dólares que el estado gasta en compras y contrataciones públicas el ahorro para el Estado como producto del control

y seguimiento que hace el SERCOP y toda su maquinaria electrónica ha sido CERO DOLARES.

¿Cómo puede ocurrir luego de varios años de funcionamiento del sistema que el SERCOP no pueda echar mano de los mecanismos de control y supervisión que tiene para frenar el verdadero festín que se están dando al utilizar este mecanismo de contratación no reglamentado e informal ?. Si utilizamos la media del 10% de ahorro que se da en los otros procesos estaríamos frente a una cantidad que bordea los 900 millones de dólares que se deja de ahorrar y que se pierde probablemente por corrupción.

Dado el alto número de procesos, aproximadamente 227.385 se podría inferir que el promedio por proceso es de USD 40.304 por cada proceso, por lo que entendemos que en este procedimiento se encuentran las adjudicaciones de ínfima cuantía. Las adjudicaciones por esta vía se las realiza en forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP y se formalizan con la simple entrega de la correspondiente factura. El control es aleatorio y casi nunca se efectiviza este control por parte del SERCOP dado el la inmensa cantidad de tiempo y de recursos humanos que se necesitaría, aspecto que precisamente la constituye en una fuente prodigiosa de corrupción.

En relación con estos datos igualmente llamó mucho la atención que todavía hasta el año 2013 el SERCOP haya considerado la utilización de la Publicación como una herramienta del sistema nacional de contratación pública utilizada para las contrataciones realizadas durante el periodo de transición, es decir, en sus propias palabras, hasta que estuviesen operativas las herramientas previstas en la ley.

¿Era posible creer que hasta esas fecha no están operativas las herramientas teniendo en cuenta que de acuerdo al mismo informe del 2011, y hasta el 2015, la disponibilidad del portal es del 99.26 %?. Hasta ahora no encuentro disposición alguna que sustente el hecho fáctico de que la Publicación es una herramienta legal o reglamentaria de compras públicas sin embargo de lo cual el SERCOP la ha incorporado como tal y la define a su manera. Si bien es cierto que el portal de compras públicas estuvo desarrollándose en el año 2008, también es cierto que en el siguiente año ya cubría casi el cien por ciento de las compras públicas. El 2010 fue un año de consolidación de su funcionamiento

y el 2011 no dejaba de cubrir a alguna transacción que no sea a través del portal, en el 2016 es total.

Quizá un aspecto explicativo pueda encontrase en la Resolución del SERCOP N.43 porque esta resolutiva amplia la contratación por ínfima cuantía a bienes que no consten en el Catálogo Electrónico vigente, para el caso de bienes y servicios normalizados; o que su adquisición no haya sido planificada, y en tal caso que no conste en el Plan Anual de Contrataciones PAC, o, que, aunque consten en el PAC, sean ocasionales durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Pero además permite que por este procedimiento se contrate en casos especiales de bienes y servicios como:

"... a) Los alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas;

b) La adquisición de combustibles y lubricantes;

c) La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de régimen especial regulado en el Art. 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y,

d) El arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.

En los casos previstos por los numerales a), b) y c) de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente período fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra..."

Como advertimos en páginas anteriores esta resolución permite que grandes contratos de adquisición sean fraccionados para poder adjudicarlos solapadamente y en forma directa a determinados proveedores. Un contrato de provisión de alimentos o combustibles en unidades militares o civiles puede ser fraccionado en tantos múltiplos del PIE x 0.0000002 pueda caber sin im-

portar el monto total de la suma de contratitos diarios que bien puede superar los límites incluso de los que se imponen a los otros procedimientos más exigentes. Es decir, se sacrifica la urgencia por la transparencia y dentro de la lógica del funcionario público la inclinación siempre será hacer urgente todo tipo de adquisición. Conforme lo anterior, la adquisición de repuestos y accesorios que no consten en el catálogo electrónico podrán adquirirse en forma directa fraccionado cada adquisición hasta el límite tal como lo disponía el último inciso del Art. 2 de la Resolución 43 derogada y que ha sido sustituida por las atribuciones ejercidas por INMOBILIAR.

En la ejecución de obras, el arreglo o reparación de una edificación podrá ser divida en tantos contratos de ínfima cuantía como ítems tenga la reparación del edificio. Se conmina inconscientemente a fraccionar el contrato general, que sería lo más óptimo, en decenas de contratos que cubrirán un aspecto diferente de la remodelación o mantenimiento de edificaciones. Para cumplir con lo exigido por esta resolución únicamente se debe publicar por el portal pero cuando ya esté adjudicado mediante un reporte del formulario en forma mensual para efectos de control por parte del INCOP. La pregunta es ¿existe control por lo menos aleatorio de este tipo de contratos por parte del INCOP dada la circunstancia que éstos constituyen en la mayoría tanto en número y en monto de todo lo adjudicado a través del portal? ¿Podrá implementarse un mecanismo de control social sobre esta clase de contrataciones?

Finalmente repito que nos sorprende constatar que extrañamente el valor presupuestado coincide con el valor adjudicado sin generar un solo centavo de ahorro público, con un nivel de gestión, por parte de las entidades contratantes que es preocupante.

En este rubro se encuentran las adquisiciones con cero control, en donde nadie supervisa ni cuestiona ni fiscaliza los gastos públicos de la manera como ordena el sistema de contratación. Si no analizamos, problematizamos y contextualizando estos datos nos daría a entender que en estos procesos el nivel de planificación y cálculo de los departamentos técnicos de las entidades públicas han sido perfectos, no se han equivocado en un solo centavo en calcular el costo de las obras, bienes y servicios a tal punto que no existe diferencia alguna. Pero con un sistema de control de gastos inexistente y adjudicaciones directas esta conclusión es errónea y no se compadece con la realidad ni los antecedentes contractuales en esta materia.

El número de procesos en el que interviene el "procedimiento" de contratación por Publicación alcanza la cifra del hasta el 70% de universo total de los contratos celebrados por las entidades públicas, en algunos años. Esto significa que siete de cada 10 contratos son realizados por este mecanismo de contratación directa carente de controles y supervisiones. El mismo SERCOP acepta que este tipo de contrataciones no consta en la Ley ni en el Reglamento y manifiesta que en él se encuentran contemplados los contratos de ínfima cuantía, los contratos especiales, los contratos de emergencia, es decir el universo mayoritario de adjudicaciones sobre las cuales no existe control[208].

3.6.1.- Sumario de las estadísticas en Contratación Pública.

Los datos entregados por el SERCOP y el ex INCOP en sus informes de actividades en unos casos incluyen un mayor detalle de las cifras especialmente en las que aluden al ahorro que la entidad ha beneficiado al Estado en el marco del control contractual público. Estas cifras son importantes porque nos permite calcular cual es el no ahorro del Estado cuando se utiliza procedimientos contractuales directos y por publicación en donde los presupuestos asignados y adjudicados misteriosamente coinciden sin que exista un solo dólar de ahorro.

Para darnos una idea de los porcentajes de ahorro en cada año hemos tomado simbólicamente las cifras entregadas por el SERCOP y ex INCOP correspondiente de los años 2009 al 2015, para facilitarnos una metodología del cálculo del ahorro perdido.

Las cifras desde el año 2008 hasta agosto del año 2011 arrojan como resultado en donde el valor presupuestado es de USD 16.832.515.070 y el valor adjudicado USD 15.808.798.374 generando un ahorro de USD 1.023.716.697 que sería el porcentaje equivalente al 6% el cual resulta un dato más certero por cuanto el SERCOP en la totalidad del valor presupuestado no incluye el valor del presupuesto tramitado por medio del procedimiento de Publicación que no generó un solo centavo.

En el informe del SERCOP de 2010 del valor presupuestado de

208. 146 Informe de Autoevaluación del INCOP del 2011. Pág. 215 a 216.

6.461.351.985 USD procede a restar 1.822.237.250 USD dando como resultado la cantidad de 4.639.114.735 USD que constituye la base sobre la cual debe calcularse el ahorro generado por la gestión del SERCOP, que es un monto de 472.099.159,90 USD quedando un porcentaje de ahorro del 10.18%.

En el año 2011, hasta agosto, el total presupuestado es de 5.464.439338 USD al el SERCOP le resta el monto adjudicado por el procedimiento de Publicación que es 3.137.776.341 USD lo que da como resultado una base de cálculo de 2.326.662.997 USD. La rebaja o ahorro generado por el INCOP es de 164.514.336 USD cuyo porcentaje en función de la cantidad reducida es del 7.07%.

Estos porcentajes los considero metodológicamente erróneos por cuanto en forma injustificada se resta el valor adjudicado mediante el procedimiento "de Publicación especial" que legalmente no existe. Y porque además se está invisibilizando desde el poder público una situación de posible corrupción en magnitudes de adjudicaciones tan altas y con montos tan altos que parece que le tienen ganada la batalla, al menos así se percibe, al control del SERCOP sobre la transparencia de los procesos más que por el control directo de la corrupción que no le compete en primera instancia sino de manera indirecta.

En efecto, si hacemos los cálculos verdaderos del ahorro público, en el primer caso, en el del año 2010 el porcentaje sería de apenas el 7.3% y para el año 2011 sería de apenas 3% lo que marcaría la tendencia hacia la baja durante el restante año 2011 al 2015.

La verdadera preocupación del SERCOP es cómo mantener en alta un supuesto porcentaje de ahorro generado por el control en los procesos de adjudicación contractual con el fin de justificar su trabajo y su existencia. Nadie duda del gigantesco esfuerzo y de la idoneidad moral de quienes dirigen esta entidad, pero le debe estar costando muchas energías entender y controlar, por lo menos en el aspecto de transparencia que le corresponde, el chorro de recursos públicos que se van en la contratación pública y no poder hacer lo suficiente para controlarla porque esta misión corresponde a otras instituciones públicas como La Contraloría General o quizá la Procuraduría General del Estado

Personalmente pensamos que el SERCOP ya no debe preocuparse por sacar a luz porcentajes de ahorro en contratación porque su cuantificación es muy

relativa. No existen parámetros reales de comparación de precios porque o no existen, no están calculados técnicamente o porque simplemente están excedidos y con sobreprecio como sucede en la mayor parte convocatorias que hacen las entidades contratantes.

En ejecución de obras, por ejemplo, sabemos que los precios de mercado referentes están hiperinflados con el propósito de beneficiar o por lo menos equipar las desventajas que tiene el contratista de negociar con las entidades estatales, así que estos datos referenciales no pueden ser tomados como idóneos para medir el ahorro porque muchos funcionarios corruptos inflan el presupuesto referencial de las obras con el propósito de cobrar sus coimas y sobornos. Sabemos que habrá otros parámetros más indicadores de evaluar la eficiencia del SERCOP como ya se lo hizo con la Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP- con la Metodología OCDE-CAD presentada en mayo del 2011, en el que los parámetros para calificar a esta Institución fueron otros muy diversos y del que hablamos en forma resumida en páginas anteriores.

En relación con el porcentaje situado entre el 7% y el 10%, en cifras del SERCOP, vendría a constituirse en el valor que el Estado ahorra como consecuencia del proceso de control de la contratación pública y que se perdían por la corrupción, no son sino la cabeza del iceberg que esconden realidades increíbles.

Si solamente tomamos el año 2015 tenemos que en este mismo año mediante procedimientos especiales se han adjudicado USD 2.677.360.617,74 lo que significa el 57% aproximadamente del total de montos de la contratación pública se han hecho mediante procedimientos especiales. Los procedimientos comunes (con una mayor supervisión del SERCOP) apenas significan el 43 por ciento del total.

Lo grave es que en ese 43% está incluida la subasta inversa, los procedimientos de menor cuantía, catalogo electrónico y la misma contratación directa que juntos suman aproximadamente USD 2.776 millones que arroja como resultado que del total de USD 7.379.760.332,33 hay que restar USD 2.677.360.617,74 bajo régimen especial más 2.776.000.000 aproximadamente de los procedimientos directos que constan en los procedimientos comunes arrojando un resultado de USD 5 mil cuatrocientos cincuenta y tres millones

(USD 5.453.000.000.000) que representa aproximadamente el 74 por ciento de compras públicas que se realizan de manera directa y a través del régimen especial de contratación, ambos mecanismos contractuales que no han tenido la suficiente transparencia respecto del modo como se adjudican los contratos. De ello tal vez el mecanismo de las compras de fármacos por subasta inversa quizá ha sido el que menos sombras a despertado dada la alta tasa de probabilidad de que exista corrupción.

El costo real de la corrupción en el Ecuador en materia de contratación pública es mucho más grande tal como lo demostramos en este trabajo. Lo que pasa que este tipo de corrupción no es medible ni detectable fácilmente desde instituciones como el SERCOP que ha hecho un enorme esfuerzo por racionalizar y transparentar la contratación en nuestro País pero ese esfuerzo es apenas un plano unidimensional del fenómeno de la Corrupción sobre el cual todavía se puede hacer mucho para ampliar ese margen de control[209].

Sin embargo, hago nuevamente referencia a las contrataciones directas activadas por el uso del procedimiento inexistente de la "Publicación". En los cinco años referidos estos procesos prácticamente no registran ahorro de ninguna naturaleza. Esto significa que los cálculos del valor presupuestado coincidieron milimétricamente con el valor adjudicado en los únicos procesos en donde no existe control por parte del SERCOP. Esta fatal coincidencia arroja dudas sobre los actos de corrupción que esconde este tipo de "procedimiento o herramienta contractual" pero también arroja cifras que las podemos calcular de la siguiente forma y con los mismos datos del SERCOP.

Revisando las cifras del 2015 proporcionadas por el SERCOP el procedimiento denominado "Por publicación" ha sido utilizado para adjudicar la cantidad de aproximadamente 740 millones de dólares (11% del total) en un mecanismo de dudosa idoneidad ya que el mismo SERCOP reconoce que no es un procedimiento contractual pero que se utiliza para los procedimientos de

209. El País, Cali. 6 de septiembre de 2009. La contratación es la modalidad más apetecida por quienes saquean los recursos del Estado. Pero se trata de un fraude muy difícil de cuantificar. Por: Arcadio González Ardila :" " La corrupción es el sida del Estado colombiano". Con esta lapidaria frase el zar Anticorrupción, Óscar Enrique Ortiz González, pretende explicar la gravedad de un fenómeno tan generalizado en nuestro medio como difícil de detectar. Es tan crítica la situación que el Zar no duda en afirmar que la corrupción "corrompió", incluso, hasta a los grupos armados al margen de la ley .Para la muestra, el Zar Anticorrupción comparó los resultados de una encuesta realizada el año pasado por la Universidad Externado de Colombia a 560 empresarios colombianos, que concluye que el valor promedio de un soborno para acceder a la contratación pública es del 12,9%.

ínfima cuantía (Art. 52.1) y para el régimen especial (Art. 2 de la LOSNCP y Art. 2 del reglamento) cuyo procedimiento no pasa por la supervisión ni la vigilancia del SERCOP.

Así lo dice el Art. 52.1 de la LOSNCP "...Las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores. Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos pre-contractuales; para el efecto, las entidades contratantes remitirán trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas. Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes..." (El subrayado es nuestro)

La suma de dinero gastado por este procedimiento de Publicación en los años 2010 y 2011 asciende aproximadamente 5.000 millones de dólares sin tomar en cuenta los años 2012, 2013, 2014 y en el 2015 alcanza la suma de 816 millones de dólares. Tomando el promedio de ahorro del INCOP de esos año, entre el 10.18%, y el 7.07% y en el 2014 es del de 6% equivalente a 425 millones de dólares, el resultado es realmente cuantioso.

En números, de los 55 mil millones de contratación pública entre los años 2011 2915, el monto de la contratación por publicación es de 13 mil millones de dólares correspondiendo al 25% del monto total aproximadamente. Si tomamos el hecho de que el SERCOP reconoce no haber ahorro en el sistema de publicación y que en los otros procedimientos se ahorra el 10% entonces la cifra que se queda en manos de los contratistas seria de mil trescientos millones de dolares por sobreprecio y pago de sobornos solo en la aplicación de este mecanismo de contratación.[210]

A esto habrá que sumar las provenientes de las contrataciones directas especiales y del Régimen de excepción, que no se eliminan ni siquiera con

210. Informe 2012 del SERCOP: " El porcentaje de rebaja presupuestaria del 5% incorpora los procesos de publicación en los cuales no se registra los márgenes de ahorro en las adjudicaciones..".

las reformas introducidas a la Ley de Empresa Públicas.

3.6.1.1..- ¿La corrupción en cifras?

En conclusión el margen de ahorro según nuestros cálculos hasta la actualidad tiene un promedio entre el 7% y el 10% del monto total, ahorro que no se verifica en las contrataciones directas ni en las de Publicación porque los presupuestos están pre asignados y coincide el monto presupuestado y el monto adjudicado. Esto significa que si el monto de las contrataciones entre el 2010 y el 2015 es de 53 mil doscientos millones de dólares, la cifra que estadísticamente correspondería probable corrupción sería la de cinco mil trescientos millones de dólares (5.300.000.000 USD)..

Es importante recalcar que la preocupación del SERCOP no debe ser la búsqueda permanente de mantener, a como dé lugar, ese porcentaje siempre alto porque la tendencia en los años posteriores será a la baja por la simple razón que tanto los actores como los mecanismos de evadir la transparencia serán más sofisticados y más meticulosos si es que de manera similar no se corresponde con medidas anticorrupción más drásticas e imaginativas. Esto se pensaba en el 2012, pero las estadísticas del 2015 nos confirman los mismos márgenes de ahorro[211].

A pesar de las cifras analizadas, consideramos que esta cifra del 10% de ahorro no refleja ni constituye un porcentaje referencial único aspecto de la corrupción en la contratación pública porque apenas es una pequeña parte de la inmensa cifra negra que pretende invisibilizar el verdadero perjuicio a las arcas públicas. Aquí no se analizan los sobreprecios en los valores referenciales o presupuestados, no se verifican los sobreprecios en las obras mal ejecutadas, ni se determinan los sobreprecios de los valores reajustados, tampoco se hace énfasis en el direccionamiento de los concursos o procesos contractuales, en los sobornos por adjudicación y/o en el tráfico de influencias, etc. Este por-

211. Diario LA HORA.UPI - Reporte actualizado: 28/10/2010: El Estado habría ahorrado cerca de 600 millones de dólares en los dos últimos años por rebajas en las contrataciones públicas directas, según indicó La Hora. Estas se realizan mediante el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). La cifra fue entregada por el director de esta institución, Jorge Luis González. El funcionario manifestó que con esta modalidad, que se aplica desde el año 2008, ha transparentado todo proceso de contratación de bienes y servicios que se hacen con los recursos de los ecuatorianos, señaló a La Hora

centaje apenas es un dato más dentro del inmenso mundo de la corrupción en la contratación pública que tuvo un antecedente que nos llenó de optimismo pero que lastimosamente no se concretó (Me refiero a la investigación que pensaba desarrollar la Asamblea Nacional en el 2008). Es importante señalar que en los datos del 2010 hasta el 2015 solo varían las cantidades totales más no el porcentaje por cuanto la tendencia que marca el nivel de ahorro es una cifra que alcanza las de otros países[212].

En esta perspectiva, es concluyente la aseveración que el verdadero índice de corrupción en el Ecuador en relación al presupuesto destinado a compras públicas ascendería al porcentaje del 30 por ciento si tomamos en cuenta que los presupuestos referenciales son aquellos que se lo hacen referenciándose en los índices publicados por las Cámaras de la Construcción o de los propios Municipios, que sumados a la expectativa de coima pueden duplicar en el peor de los casos a ese porcentaje[213].

La percepción que la Contraloría General del Estado tiene es que ese porcentaje es sustraído en perjuicio del Estado y de la ciudadanía a través diferentes modalidades de corrupción que se dan antes, durante y después de los procesos de adquisiciones y contrataciones. A pesar, y en eso nos consta, de la abundante normativa legal que se derogó pero que se incorporó otra igual de numerosa, la eficiencia del gasto público ha mejorado porque por primera vez las estadísticas del SERCOP permiten tener datos referenciales y comparativos sobre compras públicas. Lo que no se puede medir ni calcular

212. El País, Cali. 6 de septiembre de 2009. Entrevista al zar de la Anticorrupción de Colombia Óscar Enrique Ortiz González en la que asegura que concluye que el valor promedio de un soborno para acceder a la contratación pública es del 12,9

213. Ecuadorinmediato.com2010-09-03 08:18:00Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción. "Comenzamos a revisar y encontramos que de las 32 obras de 14 contratos, 11 están inconclusas, no existen actas de entrega recepción en la mayoría de ellas. Al fijarnos contrato por contrato en relación a los precios unitarios (...) comenzamos a encontrar que en los contratos firmados por puño y letra del ministro de Agricultura, hay lista de precios puntuales de cada uno de los temas, cuando revisamos esas listas de precios nos encontramos por ejemplo que un poste de hormigón de 11 metros, el Estado ecuatoriano lo compró en 1 095 dólares; fuimos del otro lado a preguntar en una casa comercial, pedimos una pro forma y nos encontramos que un poste de hormigón, que en esa época se compró en 1 095 dólares, hoy día vale 200 dólares, dos años después, una quinta parte" señaló Roldán.

"Eso nos llamó la atención porque hay un sobre precio del 493%. Fuimos revisando ítem por ítem y nos encontremos por ejemplo con tres ejemplos puntuales: un motor franklin, de 5 HP, que es un motor que bombea, ese motor le cuesta al Estado en el 2008, 7 690 dólares, revisamos con una pro forma al 2010 y nos encontramos con que vale 1 089 dólares, es decir, hay un sobreprecio de 706%, (...).

es el número de reclamos y de casos que se quedan en sólo simples denuncias, en promesas de investigaciones y que finalmente quedan impunes por la difícil obtención de pruebas inculpatorias[214].

En 2016 el Contralor General del Estado concluye afirmando que la corrupción en el Ecuador es sistemática. Se puede entender esta afirmación como una referencia a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano está diseñado de tal manera que favorece las prácticas fraudulentas en la contratación estatal y por tanto su poder de control sobre las operaciones contractuales tiene serias dificultades estructurales. Algo de lo que estoy de acuerdo y lo que confirma nuestra hipótesis de trabajo[215].

214. Según el Universo , del 2007 al 2010, la Contraloría ha remitido a la Fiscalía informes contra más de medio centenar de entidades por sospecha de delitos en la administración pública. 205 son contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana; 80 de la Comisión de Tránsito del Guayas; 28 de educación; 26 de entes de Bienestar Social, incluido el ministerio; más de 35 contra telefónicas, 19 en Salud, sumada esa cartera de Estado; y al menos 12 en entidades de deportes, entre otras.

Las cifras más fuertes son por casos en Petrocomercial, por más de $ 21 millones; en el Ministerio del Deporte, tres del 2008 suman $ 5'753.756,60; dos del 2009 involucran al Ministerio de Salud por $ 3'910.000; y al Banco Ecuatoriano de la Vivienda (BEV) por 4'438.314.

215. El Comercio del 4 de octubre del 2016, Pág. 4, el Contralor afirma que en su gestión se han aprobado 22.219 informes de auditorías, de los cuales 2.057 han sido con indicios de responsabilidad penal; 11 funcionarios sancionados; con glosas que superan los 550 millones de dólares de los cuales se han recuperado para el Estado la cantidad de 358 millones. Realmente ínfima en relación con las cifras a las que ha concluido esta investigación.

CUADRO N.1

RESUMEN DE LAS ADJUDICACIONES REALIZADAS EN FORMA DIRECTA. EN EL PERIODO 2011 - 2015

Año	Monto Total	Régimen Especial	Régimen Común	Contrat. Directa	Contratación Menor Cuantía	Porcent. C. Directa	Monto Total Contrat. Directa	Ahorro 10%
2011	9.857	4.696	5.161	122	683	61%	5.501	596
2012	9.887	4.240	5.647	123	668	51%	5.031	564
2013	10.84	4.891	5.951	112	756	52%	5.759	565
2014	8.198	3.210	4.988	136	470	46%	3.816	381
2015	7.379	2.677	4.702	122	451	43%	3.250	325
Total	46.162	19.714	26.449	615	3028	51%	23.357	2.433

Otra forma de interpretar estas cifras, asumiendo una posición por demás conservadora, tiene que ver con el monto de la contratación directa que se saca luego de sumar las adjudicaciones del Régimen Especial (Por Publicidad) más la contratación directa, los de menor cuantía, los mismos que suman la cantidad de 23.357 mil millones que constituye el 51 por ciento del monto total gastado en contratación pública en los años 2011 a 2015,

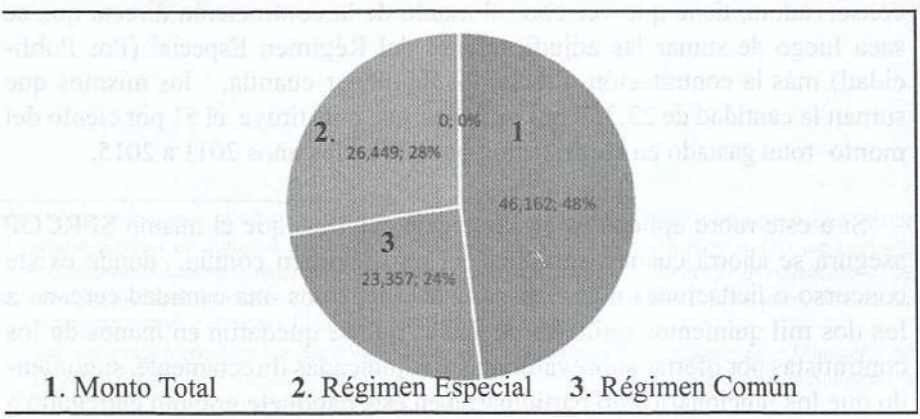
Si a este rubro aplicamos el porcentaje del 10% que el mismo SERCOP asegura se ahorra cuando se aplica el otro régimen común, donde existe concurso o licitaciones más transparentes, tenemos una cantidad cercana a los dos mil quinientos millones de sucres que se quedaron en manos de los contratistas por ofertas sobrevaloradas y adjudicadas directamente, suponiendo que los funcionarios no participaron en este banquete gratuito entregado a los contratistas del Estado (Cuadro N.1).

En el Grafico N.1 tenemos que del gran total de 46 mil millones de dólares

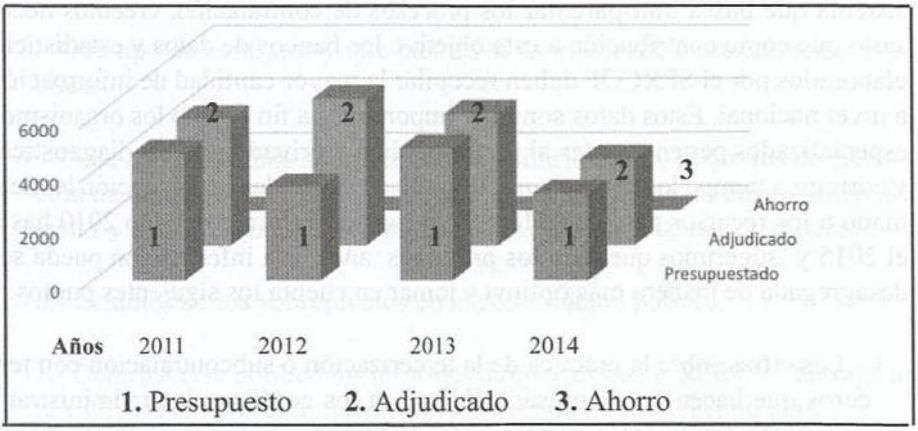
invertidos entre los años 2011 a 2015 el porcentaje correspondiente a la contratación directa, la que se realiza sin concurso de ninguna naturaleza, alcanza la cifra de 24 mil millones de dólares aproximadamente lo que implica que más del 50% del presupuesto destinado a la contratación pública se adjudica de manera directa.

El Grafico 2 refleja una forma de recalcular el ahorro que significaría para el estado si en vez de que se adjudique por contratación directa el Estado asumiera procedimientos de adjudicación más transparentes como es la subasta inversa electrónica, considerada como la más óptima que todo sistema de contratación aspiraría en llegar a implementar en el cien por ciento. Cuando en el periodo en estudio el sistema nacional de contratación pública utilizado este sistema, el mismo SERCOP admite ahorros de un promedio del 20%. Esto en términos monetarios significaría que el monto de dinero que se queda en manos de los contratistas en forma injusta, producto de la sobrevaloración de las ofertas que se adjudican de manera directa alcanzaría la cifra de la cifra de aproximadamente 4.800 millones de dólares que evidentemente se quedaron en los bolsillos de los adjudicatarios por concepto de sobreprecio.

Graf. 1: CUADRO DE ADJUDICACIONES DIRECTAS 2010 - 2015



Graf. 2: RELACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO ASIGNADO Y ADJUDICADO EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA PERÍODO 2010 - 2014



Graf. 3: RELACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO ASIGNADO y EL ADJUDICADO EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA EN EL PERIODO 2011 - 2014

3.6.2.- Inquietudes que planteamos al SERCOP.

Pese a los varios años de vigencia del nuevo sistema nacional de contratación pública se puede afirmar que no es suficiente para tener a punto un sistema que busca transparentar los procesos de contratación, creemos necesario que como contribución a este objetivo los bancos de datos y estadísticas elaborados por el SERCOP deben recopilar la mayor cantidad de información a nivel nacional. Estos datos son muy importantes a fin de que los organismos especializados pertenecientes al sector público y privado puedan diagnosticar y corregir a tiempo los mecanismos a través de los cuales la corrupción le mete mano a los recursos públicos. Hemos revisado el informe del año 2010 hasta el 2015 y sugerimos que para los próximos años esa información pueda ser desagregada de manera más óptima y tomar en cuenta los siguientes puntos:

1.- Las cifras sobre la práctica de la tercerización o subcontratación con terceros que hacen las empresas públicas en los contratos interadministrativos, por ejemplo los contratos entre el Ministerio de Obras Pública y el cuerpo de Ingenieros del Ejército quien a su vez subcontrata con empresas privadas para hacer lo que se supone deben realizar ellos.

2.- Debe constar la cantidad de anticipos y el promedio de porcentajes de entrega en relación con los contratos adjudicados.

3.- Debe constar los anticipos entregados en contratos en donde no debe haber anticipos. Es decir, en los contratos que no son tractos sucesivos y que sin embargo de lo cual se procede a la entrega de los mismos.

4.- Debe existir las cifras o sus porcentajes de diferencia entre el valor de los contratos firmados y el valor que terminan pagando por concepto de obras complementarias, órdenes de trabajo, reajuste de precios.

5.- El monto de las contrataciones directas sin importar el procedimiento seguido para llegar a ellas, incluso desagregado por provincias y cantones, y del gobierno central, incluido las empresas públicas.

6.- El monto y el listado de contratos realizados con fundaciones u organizaciones sin fines de lucro y desagregados por provincias, regiones y munici-

pios y del gobierno central, incluidas las empresas públicas.

7.- Los contratos que realizan los administradores de los fidecomisos de propiedad del Estado.

8.- Qué tipo de contratos y qué montos se ha realizado entre empresas públicas.

9.- Debe haber estudios sobre los costos unitarios en los contratos de ejecución de obras que sirvan de referencia en el cálculo de los costos referenciales y no sea el único referente los de las Cámaras de la Construcción.

10.- Estudios de los sobreprecios en la contratación pública.

11.- Debe hacerse público los informes o reportes que el SERCOP entrega a la CGE y a la PGE en relación con las irregularidades encontradas.

12.-Listado y montos de contratos que han sido asignados a las empresas privadas tanto a nivel nacional, provincial y cantonal en el que se incluya los contratos firmados por las empresas públicas y las realizadas por el gobierno central.

13.- Los contratos de cooperación o administración de recursos firmados por empresas y entidades contratantes públicas y privadas nacionales con instituciones internacionales.

14.- de explicarse las razones por las cuales no se incrementa el monto de los mínimos del presupuesto a fin de que una mayor cantidad de contratos se los haga por vía subasta inversa electrónica y licitaciones a fin de que exista mayor control y mayor transparencia y que se disminuyan la contratación directa/

CAPITULO IV

4.1.- CONCLUSIONES

1. Los funcionarios públicos son los responsables principales de los actos de corrupción que se dan en los procesos de la contratación pública en nuestro país. Jamás se puede aceptar el criterio peregrino de que las leyes son insuficientes u obscuras y que dejan poco margen de criterio como para no actuar legal y éticamente en sus funciones. Con la LOSNCP se tiene un instrumento más que suficiente para negociar contratos a favor del Estado en términos de equidad, consiguiendo buenos precios y condiciones aceptables en cantidad y calidad de los bienes y servicios ofertados.

2. Por más sistemas de control que se han implementado y por más procedimientos que se mejoren para elevar la eficiencia del gasto público sino se eleva primero la eficiencia del funcionario público dotándole de una infraestructura ética, no habrá resultados esperados. Si algo puede decirse que no funciona en el sistema de contratación pública, la probidad en el desempeño de las funciones del funcionario público es suficiente para corregir y enderezar procesos de contratación en beneficio del interés público. Los estudios previos demuestran que elevar la eficiencia en el gasto público es reconocer la existencia del profesional en contratación pública especializado, con formación técnica y moral, con actitudes de responsabilidad y probidad que garanticen la eficiencia y eficacia de los recursos que administra.

3. Sin que sea una exageración, improvisar funcionarios públicos en las áreas de contrataciones es un acto de corrupción, porque no se toma con responsabilidad el manejo de los recursos públicos.

   Arar en el mar es persistir en la implementación de códigos de ética o normas sancionadoras porque no contribuyen nada si tenemos a un funcionario carente de profesionalismo y probidad.

4. Los funcionarios públicos que manejan el sistema de contratación pú-

blica son trabajadores para el estado que no son bien remunerados y que por su permanente estado de insatisfacción y con el criterio lógico de las pocas probabilidades de ser detectado sucumben a los actos de corrupción en las adquisiciones y contrataciones se dan por el alto riesgo que implica manejar recursos para gastos del Estado. Es una forma de incrementar su sueldo de manera ilegal y delictual con la complicidad de los proveedores que saben que ese es el talón de Aquiles de la administración pública.

5. La conformación de las Comisiones Técnicas que son los organismos encargados de las compras públicas, deben estar conformados por personal técnico y elegidos por méritos. No debe ser una elección de confianza como sucede cada vez que entra una nueva administración a las entidades del Estado. Cuando se cambia la máxima autoridad de la entidad contratante lo primero que hace es copar las áreas de adquisiciones con su personal de confianza; específicamente en las Comisiones Técnicas para asegurar sus intereses personales sobre el interés público, condición sine qua non para que se den actos de corrupción.

6. No existen mecanismos legales para la vigilancia por parte de la sociedad civil de los procesos de contratación. Pese a que a la existencia de la figura de las veedurías ciudadanas como un mecanismo democrático de representación que les permite a los ciudadanos vigilar las entidades encargadas de la ejecución contratos, la conformación de éstas ha tenido problemas de enfrentamiento con el poder ejecutivo y problemas cooptación.

7. El proceso de redacción elaboración de los pliegos precontractuales es la vía principal para fraguar actos de corrupción en este campo. Siendo que las reglas de juego para participar como proveedor del Estado se redactan de tal forma que de antemano ya está decidido el ofertante beneficiario aún antes de la convocatoria. Incluso con antelación, en los pliegos pueden estar definidos los porcentajes de soborno que correspondería a todos los participantes y además en los pliegos ya estaría con antelación afectado el interés público con la recepción de bienes, servicios o ejecución de obras deficientes y sobre valorados. No pocos tratadistas insisten en que en las bases se encuentra la prueba de la corrupción.

8. En el Ecuador el fraccionamiento en la contratación de bienes y servicios y en la ejecución de obras es la manera más común y corriente de cometer

actos de corrupción. Se lo utiliza para evitar procesos más complejos y transparentes, buscando adquirir ventajas y réditos económicos a través de procesos pequeños y discretos. Esto no le sería posible si es que el acto fuese público, ya que al hacer un proceso complejo involucra más actores por la importancia del monto, y si se quiere obtener beneficios se tendrá que negociar con otros actores de manera más transparente. Esta prohibición se encuentra tipificada en la disposición general segunda de la LOSNCP.

9. En materia de contratación pública el soborno y la coima son las actividades corruptas más frecuentemente cometidas. Pero existen otras, que a diferencia de las anteriores, no están tipificadas en la ley pero que hacen mucho daño a los procesos, como las prácticas fraudulentas a través de la tergiversación de los hechos; las prácticas de colusión a fin de establecer precios de oferta a niveles artificiales y no competitivos; las coercitivas que impliquen daño o amenaza para influenciar su participación en un proceso de contratación, o afectar la ejecución de un contrato, la infidencia en el manejo de la información reservada, etc.

10. Todo el proceso de contratación público está expuesto a un alto riesgo de corrupción, y el revelar, describir y analizar cómo es que se dan estos actos de corrupción constituye una alerta y una cartilla de prevención para que los actores del sistema sean conscientes de que es posible que todo quede en simples percepciones o denuncias, y que de repente estos actos descubiertos nunca sean sancionados y que por tanto es negocio participar de estos. Pero no podemos aceptar que se maquille a la corrupción y pretender sentenciar que todo lo actuado está dentro de la Ley con conocimiento del SERCOP y la Contraloría en consecuencia todo es limpio y transparente, actitud con la que se ofende la inteligencia del interés público[216].

11. Por más que el SERCOP pretenda convencernos de que el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador está organizado de tal forma que la Licitación vendrá a constituir el eje de los procedimientos contractuales, aspecto que está muy lejos de la verdad. Nuestro sistema de contratación se estructura por el principio de la compra electrónica de

216. Análisis de la corrupción en la adquisición y contratación con el Estado, Luis Alberto Avilés Ojeda, lavileso@qmail.com).

productos constantes en el Catálogo Electrónico. Es tan cierta esta percepción que la licitación considerada como el sistema de transparencia más utilizado en el mundo por su amplia convocatoria, en nuestro normativa apenas es considerado como un procedimiento de segunda categoría utilizado a falta o cuando la compra por catálogo electrónico y de la subasta inversa ha sido declarados fallidos o cuando el bien no existe en la bodega del catálogo. El SNCP idealiza al funcionario público de la entidad contratante como un usuario que con canasta en mano se acerca al supermercado para ir llenándola con los productos marcados que allí encuentra, sin que normativamente se refleje la preocupación por verificar si esos precios del catálogo son los más convenientes para el sector público. Ignora que la lógica de mercado no funciona en economías como las nuestras en donde los monopolios y los trust locales manipulan los precios desde esas instancias.

12. La Licitación es un procedimiento para la contratación pública que ha sufrido un franco retroceso porque constituye un obstáculo a la lógica consumista y corrupta de muchos funcionarios públicos que prefieren las contrataciones directas en donde no rinden cuentas nadie. Informar al SERCOP las compras directas realizadas bajo el libre albedrio no es sinónimo de cumplimiento del principio de transparencia ni de la libre concurrencia que deberían ser los ejes de actuación en la contratación pública.

13. En tal virtud, el Sistema Nacional de Contratación Pública es un sistema que en buena parte no está sustentado en los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad, excepto en contados casos, sino en un sistema subjetivo de confianza personal. No se confía en el sistema sino en el funcionario. Depende de su concepto interno de honestidad y correcto proceder para que los procedimientos organizados exclusivamente por ese funcionario o entidad contratante gocen de legitimidad. El personalismo en la administración de los fondos públicos parece ser la tendencia que se está generalizando en el Ecuador.

14. De acuerdo con las cifras del SERCOP correspondientes a los años 2008, 2009 y , 2010 al 2015, podemos concluir que el Sistema Nacional de Contratación Pública es un sistema de excepción porque más del 50% del presupuesto que el Estado asigna a compras públicas se las realiza mediante mecanismos de excepción como son las compras directas utilizando los artilugios que proporciona la ley y por ciertos los procedimientos espe-

ciales que hasta la expedición de la Ley de Empresas Públicas ni siquiera constaban, especialmente en el sector petrolero, minero y comunicaciones. Con esta nueva ley el SNCOP le abre la puerta para estas contrataciones ingresen al control del SERCOP pero solamente presentan sus saludos y se mantienen bajo su propia discrecionalidad normativa que les "obligan" a que cumplan con la pírrica exigencia de "informar" al SERCOP a posteriori y nada más. Se viola de manera flagrante el mismo Art. 21 de LOSNCP. Si están dentro del sistema deben acogerse a este procedimiento obligatorio de realizar las contrataciones utilizando el portal de compras públicas, caso contrario es un estado de excepción contractual[217].

15. A contrario de lo que manifiesta el SERCOP nosotros creemos que el Art. 31 de la LOSNCP no contiene ni menciona los criterios de evaluación. Sin embargo el SERCOP los exige y eso está correcto. Lo inconstitucional e ilegal se encuentra cuando se avala pliegos en donde se otorga puntuación a la experiencia y a la capacidad económica. Esta práctica viola el principio de igualdad en la contratación a favor de las grandes empresas. Otorgar puntos a la experiencia de una compañía es ilógico porque solo los seres humanos tienen experiencia técnica no las instituciones jurídicas que dependen de sus recursos humanos considerados como individuos. Una compañía con decenas de años de experiencia que se queda sin técnico y decide contratar técnicos nuevos literalmente ya no sería una compañía con "experiencia". De manera similar se analiza para el caso de la capacidad económica de una empresa que tendría más puntos si tiene más capital en detrimento de otras compañías pequeñas o medianas que frente a ellas jamás ganarían un contrato. La capacidad económica debe exigirse en la medida de que ésta le sirva solo para cubrir el riesgo de cumplir con el contrato, ni siquiera con el monto del mismo porque la mayor parte de anticipos y ejecuciones son cubiertas por compañías aseguradoras.

16. El principio de "pasar no pasar" o "aprobado no aprobado" debe ser un requerimiento para entrar al concurso o a la licitación es decir parte de un proceso de Precalificación en procedimientos con cuantías significativas. . Pasan a concursar solamente aquellos que cumplen con las condi-

217. Kaosenlared.net.Ecuador: Corrupción en contratos celulares .América Móvil, Telmex y Telefónica,dominarán 15 años el mercado Fernando Villavicencio | Para Kaos en la Red | 29-8-2008 a las 19:55 | 2211 lecturas. Este autor considera que „" www.kaosenlared.net/noticia/ecuador-corrupcion-contratos-celulares

ciones mínimas de experiencia y capacidad económica pero que una vez que presentan sus propuestas esa experiencia y esa capacidad económica no pueden ser puntuadas. Por ello el mismo SNCP en el Art. 31 de la LOSNCP y el Art.23 del Reglamento permite completar o reformas las ofertas solo en aspectos formales para subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica. Es decir, la capacidad económica y la experiencia o capacidad técnica no son requisitos esenciales sino para poder ser aprobado o desaprobado, es decir precalificado, para que entre o no entre al concurso so pena de ser rechazada la oferta sin alcanzar siquiera a ser analizada en su aspecto técnico - económico. El principio de precalificación, "aprobado no aprobado" solamente existe en nuestra legislación en los procedimientos para contratar servicios de consultoría, Art.42, último inciso de la LOSNCP. A medias se utiliza en los de menor cuantía en obras y en la subasta inversa.

17. Existen contratos con objeto difuso que no permite saber con precisión el objeto contractual. La redacción indeterminada y confusa hacen imposible saber las obligaciones del contratista lo que trae como consecuencia que tampoco se pueda establecer con claridad el resultado esperado y peor aún concluir si existió satisfacción de la necesidad de la entidad contratante. Este problema se da especialmente en los contratos de consultoría.

18. La contratación pública se ha reconocido cada vez más como un instrumento de la política gubernamental y como un factor de impulso de cambios económicos, sociales y medioambientales más amplios. En instituciones multilaterales como la Unión Europea y la Organización de Comercio Mundial, existe un debate sobre la medida en la que las regulaciones internacionales tengan una perspectiva más amplia. Es decir, una visión que trascienda el plano comercial o empresarial y alcance el plano medioambiental y labora, para conseguir la sustentabilidad de la economía mundial.

19.- Queda evidenciado que a mayor utilización de procedimientos de adjudicación directa y sin control formal de la autoridad contractual se genera menos ahorro y más desconfianza.

4.2.- RECOMENDACIONES

1. Los servidores públicos tienen que ser idóneos para el cargo en cuanto a su capacidad técnica y personal. Sólo así es posible evitar que las personas que ocupan los cargos sean convocadas sobre la base de su relacionamiento personal y no por sus condiciones técnicas y personales. Aun cuando los aspectos políticos no se pueden excluir siempre, no deberían ser el único criterio para la convocatoria a un cargo público calificado. En este sentido sería conveniente estimular el desarrollo de escuelas de capacitación para la función pública.

2. Los servidores públicos deben ser remunerados de conformidad con las exigencias que les plantea el cargo y la responsabilidad que se delega en ellos, así como por la formación recibida. Sólo entonces se puede esperar que el servidor público también se sienta consustanciado con la "causa pública". Pero esto por sí sólo no es suficiente. Además, los ascensos deben hacerse siguiendo criterios técnicos y de eficiencia, y no sólo en función de consideraciones políticas, aun cuando esto sea cada vez más difícil de lograr. Si las promociones se otorgan fundamentalmente siguiendo criterios políticos, no podrá aguardarse de los funcionarios que ejerciten su cargo en forma imparcial y siguiendo criterios técnicos y objetivos. Normalmente se guiarán para el ejercicio de sus funciones por pautas esencialmente políticas o buscarán otro tipo de resarcimiento a través de la corrupción. La nueva organización de personal debe ser complementada por una permanente capacitación, entrenamiento y mayor participación. Vale un cambio de actitud ética a una actitud crítica donde se vuelvan a priorizar y rescatar determinados valores, por encima de otros. Debe existir un cambio de actitud de la sociedad frente al estado, a partir de esa toma de consciencia moral, será eficiente cualquier disposición que tienda a reprimir esa situación.

3. Una de las razones fundamentales por las cuales las estrategias anticorrupción no han tenido resultados positivos se debe, en buena parte, a la falta de un elemento fundamental en la vida de todo país: la participación activa de la sociedad civil. Los integrantes de una sociedad civil tienen un interés especial en lograr un sistema de integridad efectivo, incluyendo el sector privado, líderes religiosos, los medios de comunicación, profesionales.

4. No se puede combatir a la corrupción a través de reformas administrativas aisladas y pensando solo en el control al funcionario público sino en el control al sector privado y a los detentadores del poder político que utilizan su posición para imponer sus decisiones contractuales.

5. No es posible combatir la corrupción apelando exclusivamente a la ética y a la transmisión de valores morales. Es necesario que se eliminen las oportunidades que generan la corrupción, incrementando al mismo tiempo los costos y los riesgos que la misma implica. Complementariamente es importante entonces que nuestro país no solo regule estas conductas corruptas sino que además inicie los procesos y sancione cuando corresponda, solo de esta manera se haría efectiva la llamada lucha contra la corrupción. Para esto hay que generar conciencia entre la población sobre la gravedad de este problema, hay que fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción.

6. Un desafío clave en todos los países sería definir un nivel apropiado de transparencia para asegurar un trato igual de los proveedores y la integridad en la contratación pública. La transparencia es elemento clave para apoyar los principios fundamentales del sistema de contratación pública y, en especial, la competencia y la integridad. Se debe propender a encontrar un equilibrio adecuado entre garantizar la transparencia y ofrecer una igualdad de oportunidades a los postores.

7. Las excepciones a los procedimientos competitivos representan una "zona oscura", es decir, una zona vulnerable a la mala gestión y, posiblemente, a la corrupción debido a la restricción de la competencia. Sin embargo, es importante resaltar que la limitada competencia no requiere necesariamente menos transparencia. Por ejemplo, se pueden usar medidas específicas para mejorar la transparencia y la integridad al tiempo que se contrarresta la falta de competitividad en los procedimientos.

8. Los responsables de la contratación debe estar equipados con las herramientas apropiadas para mejorar la planificación y la gestión y que sus decisiones han de tener fundamentos correctos. Por ejemplo, en el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (como por ejemplo a través de bases de datos sobre precios de productos) para apoyar a responsables de la contratación en su labor y sus decisiones diarias.

9. Se deben dedicar grandes esfuerzos para dotar a los responsables de la contratación de los conocimientos adecuados, experiencia y calificación para evitar riesgos para la integridad en la contratación pública. Los responsables de la contratación debe tener nuevos conocimientos, es decir, no sólo conocimientos especializados relativos a la contratación pública, sino también con respecto a la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos. También requieren de pautas éticas que aclaren las restricciones y las prohibiciones para evitar situaciones de conflictos de intereses y la corrupción.

10. La preocupación del SERCOP no debe ser la búsqueda permanente de mantener un porcentaje de ahorro en la contratación porque la tendencia en los años posteriores será a la baja porque se carecerá de elementos cuantitativos referenciales. Se debe mejorar el aspecto cualitativo del control de la contratación

11. El principio de "pasar no pasar" debe ser aplicado con un criterio menos restrictivo. Se debe aplicar en concursos en los que las condiciones mínimas de experiencia y capacidad económica sean importantes. Ya dentro del proceso de adjudicación no deben ser puntuadas porque se violan los principios de igualdad y libre concurrencia.

12. El SERCOP debe ser un órgano de control más efectivo y habrá de dotársele de herramientas jurídicas más efectivas que realmente controle la transparencia en las contrataciones directas, en las de Publicación y en las especiales.

13. Debe implementarse el sistema de contratación pública electrónica como el mecanismo más idóneo para contrarrestar la corrupción en la contratación estatal. Este sistema tienen la ventaja de incorporar las Tecnologías de la Información a estos mecanismos contractuales, a los trámites y servicios incursos en ella. Además existe un ahorro tiempo en las fases de la tramitación de la contratación pública. Tramitación. Esta más que evidenciado que se produce un importante ahorro de recursos internos, se reduce el índice de litigiosidad no sin evidenciar la mejora de la calidad y la eficiencia del servicio público a través de controles más óptimos en cuanto al cumplimiento de la ejecución[218].

14. Las contrataciones especiales deberías ser más transparentes y contar con representantes de organismos como el SERCOP, la Procuraduría o la misma Contraloría General del Estado. Son montos sumamente altos que no pueden quedar a la discrecionalidad de los funcionarios delegados del Presidente de la República. La transparencia no es informar al SERCOP sobre lo hecho sin que nadie haya intervenido para controlar, sino permitir un acceso a que se verifique que no existe arbitrariedad ni perjuicio, ni riesgos en la contratación de esos rubros.

15. Las contrataciones de ínfima cuantía al ser los más numerosos y con ahorro cero dólares, debe ser revisadas por las veedurías ciudadanas de cada localidad donde se contrate. Es lo más apropiado dado que físicamente es imposible que la contraloría pueda hacer un seguimiento cercano.

16. Una opinión generalizada entre los tratadistas del tema de la corrupción confirman que la transparencia y la rendición de cuentas son claves para mejorar la integridad a lo largo de todo el ciclo de contratación, incluyendo la evaluación de las necesidades y la gestión de contratos

17. El SERCOP debe asumir más atribuciones para ejercer un verdadero control sobre la gestión contractual con capacidad de sancionar administrativamente tanto a funcionarios públicos como a los contratistas cuando violen los principios en los que se inspira el Sistema Nacional de Contratación Pública.

18. No sólo al legislador español, sino también a nuestras administraciones públicas, de todos los niveles, les ha resultado difícil aceptar el paulatino estrechamiento de la discrecionalidad con que habían instruido los expedientes de contratación y, sobre todo, decidido las adjudicaciones de los contratos. Las decisiones estaban dominadas por una amplia discrecionalidad que, tantas veces, han hecho prevalecer frente a las mejores ofertas, criterios de oportunidad política o de conveniencia muy opacos. Actualmente la situación, al menos en el plano normativo, ha cambiado mucho porque no sólo las adjudicaciones de los concursos han de decidirse atendiendo a las estrechas reglas que la ley impone, sino que también está en

218. La implantación de la contratación electrónica en el Ayuntamiento de Alzira, en Espana ha arrojado excelentes resultados. Ver mas en http://es.slideshare.net/NoSoloAytos/socinfo última consulta el 2 de octubre del 2016, 9h44

vías de erradicación la práctica de introducir en los contratos, después de adjudicados, modificaciones imprevistas, que favorecen al adjudicatario en términos no previstos en los pliegos de condiciones.

19. Frente a una normativa abundante contenida en la LOSNCP, en el Reglamento y en las Resoluciones del SERCOP contradictoramente los contratos son adjudicados a las ofertas presentadas con dudosa opacidad y haciendo gala de fundamentaciones excesivamente discrecionales, por parte de la entidad contratante hace imperioso buscar mecanismos jurídicos más garantizadores de la transparencia en este punto, dada la presencia de principios y valores normativos pero escasas garantías procesales para hacerlos valer en nuestra legislación. Proponemos la creación de un sistema de recursos administrativos que permite a los oferentes perjudicados impugnar las adjudicaciones cuando a su criterio han infringido el marco de la legalidad contractual. Estos recursos deberán resolverlos tribunales especiales creados para el efecto o jueces de tribunales ya establecido a quienes se les puede ampliar estas competencias pero que en su esencia sea una jurisdicción ajena a la influencia de la propia administración pública. Bien puede implementarse, para este efecto, un solo órgano a nivel estatal o uno de carácter provincial que garantice la mayor eficiencia de control, independencia y ausencia de control político sobre ellos, buscando siempre la independencia, especialización y rapidez de las resoluciones de los recursos contractuales.

BIBLIOGRAFIA

- AGUADO CORREA (1999), Telmo. El principio de proporcionalidad en el derecho penal. Edersa, Madrid.

- ALESSI,R(1970). Instituciones del derecho administrativo. Editorial Boch. Barcelona.

- ALLER GERMAN (2011). Criminalidad del poder económico. Editorial B de F. Montevideo.

- ALTAMIRA, Patricio (1979). Curso de derecho administrativo. Depalma. Buenos Aires.

- ALVAREZ GENDIN,(1998). El servicio público: teoría jurídico-administrativa. Madrid-España. Instituto de Estudios Políticos. 321p.

- ANTON ONECA (2010). Las estafas y otros engaños. Nueva Enciclopedia Jurídica. Vol VI. Ed.Seix. Barcelona.

- ARIEL, Guillermo (2008). Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina.

- ARGANDOÑO ANTONIO (2000).Sobre la corrupción. Editorial IESE. Universidad de Navarra.

- BACIGALUPO Enrique.(2009) Principio de Derecho Penal. Parte General. Especial. Akal. Madrid.

- BACIGALUPO SAGGESE, BAJO FERNANDEZ, y otros (2005) Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial ARA, Lima Perú.

- BACIGALUPO S. Y LIZCANO J (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Colección Estudios N.1, Serie análisis, Área Institucionalidad Democrática. Programa Eurosocial. Cyan Proyectos Editoriales. Madrid.

- BAJO FERNANDEZ Miguel (2005). La delincuencia desde el punto de vista criminológico. En Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial ARA, Lima Perú. pgs. 21 – 60.

- BEJARANO, Jesús Antonio (1996). Estrategias contra la corrupción. Descentralización y Corrupción. Bogotá. Fescol.

- BERNAL PULIDO CARLOS (2008). El derecho de los derechos. Universidad Ex-

ternado de Colombia. Bogotá. Pág. 115.

- BUSTOS RAMIREZ. (2001). Control social y sistema penal. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona.

- CANCINO MORENO A.J (2003). Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

- CASSINA RIOS, Emilio. (2008). Contrataciones y Licitaciones Públicas. Estudio doctrinario y textos legales. Primera Edición. Imprenta del ejército, Lima,

- CASTILLO BLANCO (2010). Las prerrogativas de la administración pública en la contratación pública. Ed. Comares. Granada.

- CASTRO CUENCA, C.G. (2009) Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. Hecho en Colombia.

- CORDOVA, H.P. (2010). Practicar una cultura de la constitucionalidad y emprender un proyecto ciudadano de vida. Material de trabajo curso de Especialización en Contratación Pública, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Centra.

- CORREDOR PARDO,M.(2003). El delito de estafa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

- DEL PIAZZO, C.(2006) Los principios generales de la contratación pública. Ed. Hamurabi. Buenos Aires.2006.

- DE LA ROSA CORTINA, J. (2004). Relaciones entre el derecho penal y derecho administrativo sancionador: en especial el principio nom bis in rem. Revista del Ministerio Fiscal, num.11, pag.85-142.

- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO.(1997) El delito de tráfico de influencias. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.

- DONNA EDGARDO (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.

- DROMI, R. Introducción al derecho administrativo. Editorial .Grouz. Madrid. 1986.

- ELBERT Carlos. Manual Básico de Criminología. Editorial TEMIS. Bogotá Colombia. 2005.

- ESTÉVEZ ALEJANDRO (2005). Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. Revista Venezolana de Gerencia V.10 N.29 Maracaibo ene. 2005. Ver en http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842005000100004 ultima consulta el 28 de septiembre del 2016 a las 17h40

- -FELMAN M.P. Comportamiento criminal: un análisis psicológico. Fondo de Cultura Económica.

- FEIJÓO SANCHEZ, B. Delitos contra la administración pública en el Código Penal español. Revista peruana de ciencias sociales. 1999.

- FERNANDEZ RIOS, L. Psicología de la corrupción y los corruptos. Grupo Editorial Universitario, Granada. 1999.

- FERNANDEZ BERMEJO, S. Contratación administrativa y derecho penal. Editorial Temis, Bogotá, 1994.

- FERNANDEZ RIOS L, (1999). "Psicología de la corrupción y los corruptos". Grupo Editorial Universitario, Granada.

- GHERSI ENRIQUE (1989) El otro sendero, Lima. Editorial Pizarro.

- GARCIA, Ramiro y otros. Derecho Penal Económico. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2012.

- GOMEZ KAROL Y GALLON SANTIAGO. El fenómeno de la corrupción y su influencia en la economía colombiana. Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.

- GOMEZ BALBOA, M.E. Diez posibilidades de licitar la corrupción: el truco de la compra menor. Prensa boliviana, mayo 28 del 2005.

- GONZÁLEZ A. SÁNCHEZ A (2005). Criminología. Editorial Porrúa Buenos Aires.

- HASSEMER, MUÑOZ CONDE (2012). Introducción a la Criminología y a la Política Criminal. . Editorial Tiran lo Blanch. Valencia.

- LOPEZ JACOME, N y RIVAS, L. Interrogantes y respuestas sobre la nueva ley de contratación pública. Talleres NINA.Quito. 2008

- MANNOZI GRAZIA. Combatir a la corrupción. Un recorrido entre la criminología y el derecho penal. Ver en internet http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4127/5339 Ultima consulta 24 de septiembre del 2016 a las 19:24h.

- MALEM SEÑA, J.F. La corrupción, aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Editorial Gedisa, Barcelona. 2002.

- MENDEZ RODRÍGUEZ, C. Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.Unive4rsidad de Valencia. 1997.

- MIR, Santiago y otros. Coordinadores. Estudios de Derecho Penal Económico. Editorial Livrosca. Caracas Venezuela. 2002

- REINOSO, Roberto. Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal. Cárdenas Editor distribuidor. México 1999

- RODRIGUEZ RAMOS, L. Delitos contra la administración del Estado. Ed.La Ley, Madrid 2005.

- SERRANO, Alfonso. El papel de los delitos de cuello blanco en los paradigmas anti empíricos. En Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial ARA, Lima Perú. 2005, págs. 59 – 95

- SUTHERLAND EDWIN. White collar Criminality, en ASR, 1940, 1 a 12 en Crime and Bussines, en AAAPSS, 1941

- SUTHERLAND EDWIN (1993). Los ladrones profesionales. Editorial La Piqueta. Madrid.

- ROXIN, C. El derecho penal: Parte General. Ed. Civitas. Madrid. 1999

- SANTAMARIA PASTOR, J.A. La invalidez de los contratos públicos. Editorial Civitas. Madrid, 2004.

- VIDAL PERDOMO JAIME (1979). El contrato de obras públicas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

- ZAFFARONI Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Editorial Librex S.A.Buenos Aires. 2012

- Constitución de la República del Ecuador. Reg. Oficial N. 449 del 20 de octubre de 2010.

LEYES Y REGLAMENTOS

1.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No.395, de 4 de agosto de 2008; de esa publicación posteriormente se presentó una Fe de Erratas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.409, de 22 de agosto de 2008 Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Pública. R.O. N. 588 del 12 de mayo del 2009.

2.- Codificación al Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Publica

3.- Reforma al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, Reglamento con la reforma realizada por el Decreto Ejecutivo No 401 de 21 de junio de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 230 de 7 de julio de 201140

4.- Ley Orgánica de Empresas Públicas. Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 48,

16-X-2009). Normas relacionada con la contratación pública.

5.- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

6.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Reg. Oficial. N.595 del 12 de julio del 2002 y sus reformas.

7.- Ley de Orgánica de Participación Ciudadana

8.- Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

9.- Ley de la Transparencia de la Información Pública

10.-Código de Procedimiento Penal.

11.-Código Penal.

12.-Catálogo de Delitos. Fiscalía General del Estado. 2010.

13.-Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)

14.-Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)

DECRETOS Y OFICIOS EJECUTIVOS

1.- Decreto 1700 (Suplemento del Registro Oficial 588, 12-V-2009)

2.- Decreto 1869 (Suplemento del Registro Oficial 648, 4-VIII-2009)

3.- Decreto 94 (Registro Oficial 51, 21-X-2009)

4.- Decreto143 (Registro Oficial 71-S, 20-XI-2009).

5.- Decreto 1700 (Suplemento del Registro Oficial 588, 12-V-2009)

6.- Decreto 1869 (Suplemento del Registro Oficial 648, 4-VIII-2009)

7.- Decreto 94 (Registro Oficial 51, 21-X-2009)

8.- Decreto143 (Registro Oficial 71-S, 20-XI-2009).

9.- Decreto No. 519 Reglamento Sustitutivo de Adquisición Vehículos para instituciones del Estado.

10.-Decreto 401

11.-Oficio MIPRO-DM-2010-0857

12.-Decreto 143

13.-Decreto 1869

14.-Decreto 1793

15.-Oficio 401

16.-Oficio Circular 1795

17.-Oficio Circular 2736

18.-Oficio Circular 162

19.-Oficio Circular 3330

20.-Oficio N.10625 del 27 de noviembre del 2009

21.-Oficio Circular 4162

22.-Oficio Circular 3399

23.-Oficio Circular 2279

24.-Oficio Circular 1552

25.-Oficio Circular 3398

26.- Decreto 145

ARTICULOS Y NOTICIAS DE PRENSA CITADOS

1.- Diario El Telégrafo Ecuador mejora la lucha contra la corrupción: Guayaquil, 27 de octubre del 2010, www.eltelegrafo.com

2.- El País, Cali. 6 de septiembre de 2009. Entrevista al zar de la Anticorrupción de Colombia Óscar Enrique Ortiz González

3.- Ecuadorenvivo.com Viernes 18 de marzo del 2011 a las 15:55. Zamora: juicio de Presidente contra periodistas evidencia para qué quiere meterle mano a la justicia

4.-Diario El Universo, Sábado 29 de mayo del 2010 Política. Tres meses para investigar actos de corrupción

5.- Diario Manabita, 7 de diciembre del 2008. Todos los contratos del Min. de Deportes serán auditados

6.- Ecuador de Hoy.com. Secretaría de Transparencia de Gestión... ¿para qué?. 30 Diciembre 2008.

7.- El Comercio, pag.4, martes 14 de septiembre 2010.

8.- Soyecuatoriano.com blog del PCMLE. viernes 11 de marzo de 2011. ROBO-ILUCIÓN CIUDADANA

9.- Explorer.com.Explored. Av. Mariscal Sucre Oe6-116 - Teléfono: (593-2) 2490888 - Apartado Postal 17-07-09069.Nuevos escándalos en el IESS. Publicado el 06/Junio/2008 | 00:00

10.- Ecuadorenvivo.com. Martes 4 de octubre del 2011.Diario El Comercio de Quito. Nuevas irregularidades en el Banco de Fomento. Domingo, 12 de septiembre de 2010 08:14

11.-Enuevoempresario.www.guayas.gob.Banco Nacional de Fomento será auditado por la Contraloría y Secretaría de Transparencia de Ecuador. Publicado por: Manuel Elías Sánchez Guerrero | Fecha: lunes 20 de septiembre del 2010.

12.-Elnuevoempresario www.guayas.gob. Xavier Casal, nuevo Ministro de Transporte y Obras Públicas de Ecuador. Publicado por: | Fecha: lunes 15 de junio del 2009

13.- Globedia.com.Monge Loco. Publicada el 23-04-2010 13:55?Quedará desfalcado el IESS por la necedad de señor Gonzales?

14.- MAFIA EN LA DINSE: RED DE CORRUPCION EN CONTRATOS. • Escrito en Septiembre 30, 2009.Por Jorge Escala

15.- ElUniverso.com. Domingo 07 de julio del 2002.Ley para contratación pública es imprecisa. Gisella Ronquillo | Redactora. Domingo 7 de julio del 2002

16.-Análisis de Diario HOY.analisis@hoy.com.ec. Las estafas en el Banco de Fomento. Publicado el 16/Agosto/2011 | 00:10.

17.- Publicación de CERES, Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social, 2008. Artículo: La corrupción del Ecuador analizada en cifras.

18.- Hoy.com.ec La Contraloría le pone el ojo a los contratos de Fabricio Correa con el Estado. Publicado el 04/Marzo/2011 | 00:09

19.- EXPRESO (Guayaquil) Fisuras en sistema propicia la corrupción en obras públicas. 2011-08-01.08:18:04.

20.- HOY (Quito) Corrupción: la Contraloría elabora 80 informes. 2007-04-17.07:27:37

21.-Hoy.com.ec. IESS firma convenio para luchar contra corrupción. Publicado el 15/Abril/2008 | 00:00.

22.-El Diario Manabita - Noticias de Ecuador - Noticias de Manabí. Subsecretaría

investiga corrupción en el IESS.. Martes 4 de octubre de 2011

23.- Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión Blog .Ex gerente Banco Nacional de Fomento-Machachi, detenido por presunto acto de corrupción. Martes, 14 de Junio de 2011 12:26

24.- Ecuadorinmediato.com.2010-09-03.08:18:00.Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción

25.-Expreso, lunes 28 de marzo del 2011. Domingo, 27 de Marzo de 2011 - 22:34 Redacción Guayaqui. Examen de la contraloría general del estado. Emergencia injustificada en compras de Salud Pública. María Elena Arellano

26.-El Economista.com. Miércoles, 7 de Enero de 2009 Actualizado a las 21:34. Ex ministro detenido por millonario escándalo de corrupción en Ecuador. AFP7/01/2009 – 21

27.-TerraNoticias Blog. Miércoles 9 de Septiembre de 2009 20:56.El contralor de Ecuador revela irregularidades en los contratos .

28.- La República Blog.EEUU percibía "endémica corrupción" en Petroecuador. Domingo 19 de junio de 2011

29.- Fernando Villavicencio | Para Kaos en la Red | 11-12-2010 a las 20:32 | 675 lecturas.www.kaosenlared.net/noticia/ecuador-renegociacion-fiesta-petroleras. Ecuador] Renegociación: La fiesta de las petroleras

30.- El Diario Manabita - Noticias de Ecuador - Noticias de Manabí - Diarios .periódicos Ecuador .Martes 4 de octubre de 2011. Denuncian corrupción en contratos petroleros

31.- Informe21.com. Ecuador: licencia para robar. Por Andrés Oppenheimer en Mayo 4,2011

32.- Teleamazonas en facebook. Banco Nacional de Fomento realiza auditoría en sus agencias. Noticias – Nacionales. Viernes 01 de Julio de 2011.

33.-COYUNTURA Serán investigados casos de corrupción mencionados en WikiLeaks. Escrito por EL TELEGRAFO. jueves, 07 de abril de 2011

34.- Kaosenlared.net.Ecuador: Corrupción en contratos celulares. América Móvil, Telmex y Telefónica, dominarán 15 años el mercado. Fernando Villavicencio | Para Kaos en la Red | 29-8-2008 a las 19:55. Corrupción-contratos-celulares. Compartir: Porta: Empresa de Carlos Slim Por: Fernando Villavicencio V. Polo Democrático Ecuador.fevillavi@yahoo.es

35.- Centro de _Medios Independientes.www.ecuador.indymedios.com .PATRICIO

GUERRA 19.03.2011 11:18 .NEGOCIADOS? CORRUPCION EN MUNICIPIO DE LAGO AGRIO

36.- El Universo (Ecuador) el 1 de enero de 2008. 16 de enero de 2008. Ecuador: Abriendo las puertas a la corrupción. Por Gabriela Calderón. Gabriela Calderón es editora de ElCato.org, investigadora del Cato Institute y columnista de El Universo (Ecuador).

37.- el pais.com.Ecuador: Licencia para robar 11 mayo 2011.

38.- Facebook Juventud Revolucionaria Ecuatoriana. Corrupción y Cinismo (Editorial En Marcha).de Juventud Revolucionaria del Ecuador, el miércoles, 22 de junio de 2011 a las 19:29.

39.- El abogado Joffre Campaña Mora, en su artículo Modus operandi de la corrupción publicado por El Universo, el 29 de enero(13 de julio del 2009)

40.- Hoy.com.ec Quito, miércoles 5 de octubre de 2011. Ecuador: Corrupción en la Empresa Eléctrica de Guayaquil. 13 julio 2009

40.- Corrupción: la Contraloría elabora 80 informes .Universo. Publicado el 17/ Abril/2007 | 00:00

41.- Viernes, 15 de abril de 2011 08:21. Diana Dávila. Confirmado.net.Wikileaks: La corrupción de militares y policías ecuatorianos es un factor que facilitó las incursiones de la guerrilla

42.-Ecuadorinmediato.com. Secretaría de Transparencia detecta redes de tramitadores en Banco Nacional de Fomento. A su vez, trabaja en acciones para prevenir actos de corrupción en Petroecuador

43.-Sucesos. Escrito por Lic. Cristhian Reyes H. Nuevos casos de corrupción en sucursales del BNF. Martes, 05 de Julio de 2011 09:30.

44.- Diario El Telégrafo. ONU realiza Campaña contra la corrupción. Guayaquil, 09 de diciembre del 2008, www.eltelegrafo.com

45.-Laverdad del Banco Nacional de Fomento blog. Lunes, noviembre 28, 2005. LA VENTA Y PRIVATIZACION DE LA EMPRESA CEMENTO CHIMBORAZO C.A. SE PRETENDE REGALAR EL PATRIMONIO DE LOS CHIMBORACENSES

46.- Soito.es. La Contraloría indaga unos supuestos contratos entregados.... Archivado en: política, gobierno, justicia, interior, ecuador, corrupción. EFE .Actualizado 16-06-2009 01:09 CET

47.-Ecuadorenvivo.com. Contralor se declara "asombrado" por reportaje sobre con-

tratos de Ecudos. Lunes, 13 de junio de 2011 07:44

48.-http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/contratos-a-parientes-a-debate-505002.html.Detalles en Hoy.http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/contratos-a-parientes-a-debate-505002.html

49.-Publicado en Sin categoría | Etiquetado Cayambe, Contraloría, corrupción, El hijo del ex-alcalde.... se compró una casa en $850.000 y pagó en efectivo. Publicado el 24 agosto, 2011 por DF Transcribo la noticia aparecida en diario El Comercio del Martes 23 de Agosto del 2011.

50.-Ecuanoticia blog. MACHALA: CONTRATOS ERAN ENTREGADOS A LOS MEDIOS DEL ALCALDE. QUE VERGUENZA. Escrito por INTERMED BUSINESS martes, 31 de Mayo de 2011 04:01

51.- El Comercio, 5 de octubre del2011, cuaderno 1pag.4.BNF. Proceso contra 27 funcionarios

52.-VISTAZO.COM. Afiliados al IESS se quejan que no hay medicinas. Fecha: 07/09/2009

53.- Diario El Mercurio de Cuenca. CAR: Ministerio liquida obras y Contraloría culmina auditoria.16 octubre, 2009

54.- Unidad de Investigación.investigacion@elcomercio.com .CONTRATOS| VIERNES 04/02/2011

55.- El Comercio, 5 de octubre del2011, cuaderno 1pag.4. BNF. Proceso contra 27 funcionarios

56.r.- El Comercio, 5 de octubre del2011,cuaderno 1pag.4. Una reforma flexibilizaría las contrataciones con el estado

57.r.- El Comercio, 5 de octubre del 2011,cuaderno 1pag.4. Una reforma flexibilizaría las contrataciones con el estado

58.- León Roldós Aguilera. Presidente: le está robando. Artículo. Cuaderno ¡.El Comercio del 01 de septiembre del 2010.

59.- Ver Diario El Comercio, 30 de junio del 2010. Los dueños de Cosurca impulsan cuatro juicios por USD 60 millones de dólares

60.- Diario la Hora del 2 de noviembre del 2010. Las denuncias fueron presentadas por un grupo de trabajadores de la filial. PETROPRODUCCION.

61.- El Sistema de Autoevaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del año 2010 fue realizado por el mismo INCOP, dentro del periodo comprendido entre

mayo del 2009 a mayo del 2010, en colaboración y con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo

62.- Diario El Comercio del 14 de septiembre del 2010. Pag.1, cuaderno 1.Título del reportaje: Indicios penales en 3 contratos con el BNF.

63.- Comité de Expertos del mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. OEA. Washington, EE.UU. 14-18 de julio del 2003

64.- Ecuadorinmediato.com: INCOP entregará a Contraloría informe sobre presuntas irregularidades en compras públicas. Entrevista a Jorge Luis González Director del INCOP.

65.- III Conferencia de las Américas sobre Compras gubernamentales celebrada el 28,29 y 30 de noviembre del 2006, realizada en Lima-Perú

66.- El Universo, Lunes 23 de agosto del 2010 Guayaquil, Ecuador (Ver también en periódico Más Noticias del 23 de septiembre del 2010.

67.- Diario El Comercio, Cuaderno 1, Pag.1, del 4 de septiembre del 2010. Título del reportaje: Indicios Penales en 3 contratos con el BNF.

68.- Guía de Contratación. Gobernación de Santander. 2005.

69.- Ver en www.aciprensa.com web, del 01 de septiembre del 2010: El Arzobispo de Guayaquil, Mons. Antonio Arregui.

70.- León Roldòs Aguilera: Presidente : están robando. Editorial, El Comercio. Quito, Cuaderno 1, Pag.10.

71.- Revista Vistazo, Gobierno anuncia combate frontal a la corrupción, Agencia EFE, del 25/04/2010: El presidente ecuatoriano, Rafael Correa, admitió hoy que existe una corrupción generalizada en la sociedad de su país.

72.- Revista Vistazo, Agencia EFE, del 26/10/2010. Chile y Ecuador mejoran en el Índice de Corrupción mientras Cuba empeora

73.- Diario El Telégrafo. Quinto poder en deuda en casos de corrupción. El Telégrafo. 2 de agosto del 2010. www.eltelégrafo.com.

74.- Hoy: Fiscalizar es "misión imposible",Quito, 28 junio 2007, pag.3 :

75.- Diario El Comercio, Quito. martes 4 de setiembre del 2010, pag.4, noticia.

76.- Diario El Comercio: Corrupción: denuncias, ¿ y los juicios?. Editorial. Quito, Martes 14 de septiembre del 2010.

77.- Diario El Comercio: Corrupción: denuncias, ¿ y los juicios?. Editorial. Quito, Martes 14 de septiembre del 2010). Pagina editorial del Director

78.-Grupo de expertos en Contrataciones Gubernamentales de la APEC, Principios No ligatorios sobre Contrataciones Gubernamentales (1999), 62-63, disponible en el sitio de la Asia-Pacific Economic Cooperation, www.apecsec.org).

78.- (CÓDIGO CJA01401998) ALCALDE MAYOR - CELEBRACIÓN DE CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS CON SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. El Director de la Unidad de Estudios y Conceptos de la Alcaldía Mayor, mediante oficio No. 2-37837 del 1 de diciembre de 1998, http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=201

79.- PAGINA DEL BANCO MUNDIAL http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/NEWSSPANISH/0, contentMDK:22930079~page PK:64257043~piPK:437376~theSitePK:1074568,00.html

80.- http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf Última consulta 2/0c/2016, a las 10h55.

82.- http://www.elcomercio.com/datos/ecuador-lista-paises-corruptos-transparencia.html.

83.- http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/5012-exalcalde-de-salcedo-es-llamado-a-juicio-por-peculado.html ultima consulta el 21 de agosto del 2016 a las 14h32

84.- http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141222_brasil_petrobras_obras_america_gl ultima consulta el 12 de agosto del 2016 a las 16h43

85.- http://www.planv.com.ec/historias/politica/la-polemica-compra-equipos-deliess-que-paso-la-fiscalia Última consulta 20 de julio del 2016, a las 14h40

86.- http://focusecuador.co/2016/04/04/ruta-collas-carretera-con-sobreprecio/

87.- http://www.redalyc.org/pdf/290/29002904.pdf Ultima consulta el 29 septiembre del 2016.87.-

88.- http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Prácticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf ultima consulta 2 de septiembre del 2016 a las 12h32

89.- http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/2064-fiscal%C3% ADa-alcanz%C3%B3-180-sentencias-a-partir-de-informes-de-contralor%C3%ADa.html última consulta 03 septiembre del 2016 a las 8h30.

90.- .http://cronicaglobal.elespanol.com/politica/las-contrataciones-publicas-fuente-

principal-de-la-corrupcion-politica_32127_102.html

91.-http://www.teletica.com/Noticias/138053-Los-almuerzos-a-cambio-de-favores-tienen-los-dias-contados-en-Corea-del-Sur.note.aspx Última consulta el 30 de septiembre del 2016 a las 11h21.

92.- Ver en http://www.eluniversal.com.co/cartagena/politica/con-la-contratacion-directa-aumenta-el-riesgo-de-corrupcion-112599 ultima consulta realizada el 5 de octubre del 2016 a las 20h00.

93.- 125 http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=201.

94.- http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/incop_justifica_contratacion_directa_al_cuerpo_de_ingenieros_del_ejercito_para_obras_del_estado--120816.

95.- 124http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/integridad-en-el-grupo-bid/practicas-prohibidas-en-el-bid,2704.html Prácticas prohibidas en el Grupo BID

96.- Análisis de la corrupción en la adquisición y contratación con el Estado, Luis Alberto Avilés Ojeda, lavileso@qmail.com).

97.-Ecuadorinmediato.com.2010-09-03.08:18:00.Fiscalía y Contraloría deben investigar sobreprecios en Ministerio de Agricultura, dice Secretario Anticorrupción (AUDIO

98.-http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/04/Directorio_RendicionDeCuentas. pdf Ultima consulta el 25 de septiembre del 2013 a las 18h43

99.- Kaosenlared.net.Ecuador: Corrupción en contratos celulares .América Móvil, Telmex y Telefónica,dominarán 15 años el mercado Fernando Villavicencio | Para Kaos en la Red | 29-8-2008 a las 19:55 | 2211 lecturas. www.kaosenlared.net/noticia/ecuador-corrupcion-contratos-celulares

100.- La implantación de la contratación electrónica en el Ayuntamiento de Alzira, en España ha arrojado excelentes resultados. Ver más en http://es.slideshare.net/NoSoloAytos/socinfo última consulta el 2 de octubre del 2016, 9h44

101.- http://www.lasvocesdelpueblo.com/exigen-justicia-y-depuracion-de-todos-los-casos-de-c En El Clarin.com Política 31/03/16 La sociedad exige corruptos presos ahora http://www.clarin.com/politica/sociedad-exige-corruptos-presos-ahora_0_1550245431.htm http://proceso.hn/component/k2/item/103662-propuestas-para-combatir-la-corrupción-e consultadas el 4 de octubre a las 11h21

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

ISBN: 978-9942-28-149-4

EDITORIAL JURÍDICA **"EL FORUM"**
Calle Buenos Aires Oe2-83 y Manuel Larrea
Teléfonos: 2905 953 / 3130 565 / 098 043 275
D.M. Quito - Ecuador