PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

MANEJO JURÍDICO Y MARCO LEGAL DE LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA BAJO MODALIDAD DE LICITACIÓN CON FINANCIAMIENTO DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID

DANIELA ALBÁN ZUMÁRRAGA

DIRECTOR: DR. DIEGO REGALADO

QUITO, 2016.

Quito D.M., 7 de abril de 2016

Señor doctor
Íñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE
En su Despacho.-

Señor Decano:

Mediante oficio No. 065-SJG-16 de 1 de marzo de 2016, se remitió para informe la disertación de la señorita Daniela Albán Zumárraga, titulada "Manejo Jurídico y Marco Legal de la Contratación de Obras Pública Bajo Modalidad de Licitación con Financiamiento del Banco de Desarrollo BID".

El trabajo se desarrolla en seis capítulos; los dos primeros, de carácter introductorio, abordan generalidades sobre la contratación pública financiada con recursos provenientes de organismos internacionales de crédito, destinados principalmente a la ejecución de obras de infraestructura. Se revisan y contrastan las disposiciones de la derogada Ley de Contratación Pública y de la vigente Ley Orgánica, así como el Convenio suscrito con el BID en mayo de 2014 por el Ministerio de Finanzas y el Sercop como organismo rector del sistema nacional de contratación pública, para acordar el uso obligatorio de dicho sistema en las contrataciones financiadas por ese Organismo.

Respecto del tema específico de la disertación, se distingue el análisis de tres documentos que rigen las contrataciones: el contrato de préstamo, las políticas BID para la adquisición de bienes y obras; y, los pliegos de licitación. Se describen también los requisitos básicos previos al inicio de todo procedimiento de contratación, previstos en la ley de la materia.

En el capítulo III se revisan las políticas BID en materia de licitación de obra y la legislación nacional aplicable en forma supletoria en aquello no previsto en el convenio de crédito, concluyendo que no se contraponen. Se revisa además la incorporación de modelos obligatorios para contratos financiados con créditos del BID, en virtud de una Resolución adoptada en conjunto con el SERCOP y la legislación nacional vigente que regula el procedimiento de licitación. En el mismo capítulo se definen las fases de dicho procedimiento y se concluye con la propuesta de textos de reforma de la Ley nacional.

El capítulo IV examina las normas que regulan la contratación de deuda por el Estado, así como las políticas de integridad y transparencia en las contrataciones, e incluye la revisión de estudios sobre corrupción en materia de contratación estatal, identificando algunas prácticas que dichos estudios han detectado a fin de instaurar normas que las prevengan y garanticen el adecuado manejo de los recursos públicos. Sobre dicha base propone la necesidad de contar con un sistema de contrataciones financiadas por el BID, con procedimientos y documentos estandarizados en su totalidad, que permita un sistema de control basado en información en línea.

El capítulo IV introduce como caso de estudio el metro de Quito, financiado parcialmente con fondos BID (y adicionalmente con recursos de la CAF y BEI).

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 7/04/16 Hora 17h41
No. de Hojas Firma

Se revisa que en el año 2012 el Ministerio de Finanzas solicitó financiamiento para ese proyecto por un total de doscientos millones de dólares; mientras que el Municipio creó y delegó a la empresa pública Metro de Quito, la ejecución del proceso contractual en dos fases: construcción de la infraestructura y adquisición del material móvil. Explica la autora que para la fase uno, por su cuantía, previa precalificación se aplicó el procedimiento de licitación pública internacional, que permite la intervención de empresas nacionales e internacionales.

El Capítulo V explica la necesidad de contar con un control efectivo de las contrataciones que se efectúan con fondos de organismos multilaterales, en todas sus fases, incluidas por tanto no solo la preparatoria sino también la de ejecución y liquidación. Finalmente recomienda complementar la normativa en esta materia, con énfasis en el control concurrente, e implementar una unidad de supervisión de adquisiciones efectuadas con recursos de endeudamiento.

En general el trabajo demuestra que la autora ha efectuado en forma adecuada su investigación, no obstante algunos se encuentran temas puntuales que se deberán aclarar al tiempo de la defensa, entre ellos:

1. La parte final del capítulo segundo parece confundir los momentos en que se producen la cancelación del proceso de selección y la terminación unilateral del contrato, lo que seguramente se debe a la forma en que se ha organizado esa parte del trabajo.

2. En la página 80 de la disertación se efectúa una cita textual (No. 71), sin embargo el autor (Aguilar Luis) no consta en la bibliografía general que se acompaña al final del trabajo. Igual sucede por ejemplo, con las citas No. 76 de la autora Loraine Cabrera, No. 88 del autor Benjamín Herrera, No. 90 de la autora Narda Soria. Si bien esto es un tema de metodología, una bibliografía incompleta desmerece la disertación pues impide verificar las fuentes.

Por las consideraciones que quedan expuestas en este informe, estimo que la disertación puede ser calificada con la nota de nueve.

Atentamente,

Ana María Rosero Rivas

Quito, 5 de abril de 2016

Señor Doctor
Manuel Jiménez
Secretario – Facultad de Jurisprudencia
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR – QUITO
Presente.-

Estimado Dr. Jiménez:

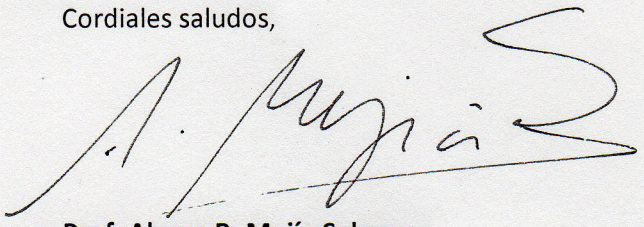
Dando respuesta su oficio número 065-SJG-16, pongo a su consideración mi Informe respecto de la disertación de abogacía titulada "Manejo jurídico y marco legal de la contratación de obra pública bajo la modalidad de licitación con financiamiento del Banco de Desarrollo BID", elaborada por la alumna Mayra Albán Zumárraga.

Al respecto debo manifestar que la calidad monográfica del trabajo es buena, mas sin embargo, considero que existían algunos puntos en la disertación que ameritaban mayor profundidad en el análisis. Adicionalmente, considero que lo relativo a "conclusiones y recomendaciones" pudo haber sido mejor desarrollado.

Adicionalmente, el trabajo presenta varios errores de estilo.

Anotado esto, es mi criterio que la disertación "Manejo jurídico y marco legal de la contratación de obra pública bajo la modalidad de licitación con financiamiento del Banco de Desarrollo BID", elaborada por la alumna Mayra Albán Zumárraga, merece una calificación de 9/10.

Cordiales saludos,



Prof. Alvaro R. Mejía Salazar

ABSTRACT

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha establecido en su artículo 3, el procedimiento para las contrataciones que requiera hacer el Estado ecuatoriano con financiamiento proveniente de fondos de organismos multilaterales de crédito. Ha determinado que para contrataciones de obra pública que es el tema que nos ocupará, se observe lo acordado en los respectivos convenios celebrados entre nuestro país y el Banco Interamericano de Desarrollo BID; Y lo no previsto en dichos convenios deberá regirse por las disposiciones de la mencionada Ley.

Para el cumplimiento de los objetivos de esta propuesta se han utilizado métodos de investigación que parten del análisis de lo general a lo particular, y de lo particular a lo general, en el contexto del método deductivo e inductivo; tomando como base la norma y la información obtenida en varias entidades del sector público, así como de un experto en el tema y vocero del Banco interamericano de Desarrollo, y de catedráticos y docentes entendidos en la materia, los cuales permitieron identificar los principales ejes de las políticas contractuales tanto del BID como lineamientos jurídicos de nuestra legislación interna.

La finalidad del presente trabajo de investigación es analizar a la contratación pública financiada con fondos de organismos internacionales desde el punto de vista legal y normativo, con el objetivo de determinar cuáles serán las condiciones generales en cuanto a: legislación aplicable, responsabilidad en cuanto a la ejecución del proyecto, adjudicación y administración de los contratos, y aplicabilidad de las políticas y procedimientos del BID obras financiadas total o parcialmente por el Banco, entre los temas más importantes.

Así mismo, analizaremos específicamente a la Licitación Pública Nacional como método de precontractual de contratación, en virtud del mismo, explicar cómo se maneja dicho procedimiento relacionado este tipo de contratación y su aplicación por parte de las entidades contratantes del Estado.

La presente investigación se orienta a establecer la naturaleza jurídica de la contratación pública financiada con fondos del BID en sus procedimientos de aplicación, estableciendo los parámetros legales a seguir, así como también su alcance y pertinencia en el marco legal y en el escenario de la gestión de la contratación pública ecuatoriana.

En el transcurso de la presente investigación se identificó que en este tipo de contrataciones, se gestionan procedimientos con significativos indicadores de discrecionalidad por parte del Banco, derivados de la limitada existencia de procedimientos y mecanismos que dispone la Ley Orgánica de Contratación Pública de nuestro país.

DEDICATORIA

A **mi amado Dios**, por ser mi soporte, mi guía y mi todo, porque simplemente sin él esto no sería posible.

A **mis queridos padres**, por su amor, sacrificio y apoyo incondicional, quienes constantemente me animaron a seguir luchando por mis sueños y me enseñaron el valor del trabajo honesto.

A **mis adorados hermanos,** por ser el complemento de mi vida, por ser mi soporte y apoyo permanente e incondicional para culminar esta meta, porque en todo este tiempo de mil y un formas aportaron para que este sueño se haga realidad.

A **mí querida tía Luz**, por su ejemplo de mujer luchadora, por ser parte de toda mi vida al darme su amor y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por haberme dado la oportunidad de acceder a la carrera Derecho, por el excelente programa académico que nos han impartido durante estos años.

Al Doctor Diego Regalado, por haber aceptado el reto de ser el Director de esta investigación, quien con su amplia experiencia en la materia de contratación pública, me ha sabido brindar la guía necesaria para el desarrollo exitoso de esta tesina.

Y, finalmente agradezco a todos los profesionales del Derecho, a mis amigos y compañeros que de una u otra forma me apoyaron para el desarrollo de mi investigación.

Tabla de Contenidos

PORTADA
DEDICATORIA
AGRADECIMIENTOS
ABSTRACT
CONTENIDO
INTRODUCCIÓN
SIGLAS

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA FINANCIADA CON FONDOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES CON ENFOQUE EN EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID.

1.1 Análisis y Elementos de la Contratación Pública financiada con fondos BID.

1.1.1 Antecedentes de la Contratación Pública ecuatoriana patrocinada por el BID……1
1.1.2 Propósito y Alcance …..……..…….....4
1.1.3 Consideraciones Generales"Contratos Públicos Financiados con Préstamos Internacionales"……..…8
1.1.4 Planteamiento del Problema…….…13
1.1.5 Aplicabilidad de las Políticas BID en Ecuador ….……..16
1.1.6 Estrategia país BID con Ecuador……....21
1.1.7 Contrataciones No Elegibles para Financiamiento del Banco ...…….27
1.1.8 Fraude Legal y Corrupción de acuerdo a normativa BID..……..……29

CAPÍTULO II

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

2.1 Historia y antecedentes del BID en Ecuador ……..…35

2.1.1 Tipología de proyectos que financia el BID…….. 38

2.2 Análisis del Contrato de Préstamo con el BID y sus principios de aplicación en concordancia con la Legislación Nacional……...41

2.2.1 Principios Generales para la contratación de un crédito con el BID….41
2.2.2 Principios Generales de la Contratación Pública……..43

2.2.3 Requisitos exigidos por el Banco a los prestatarios a seguir para contrataciones en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública…….. 52

2.3 Condiciones Generales de Contratación de Obra Pública con el BID bajo modalidad de Licitación Pública Nacional……58

2.3.1 Participantes……58
2.3.2 Elegibilidad……60
2.3.3 Políticas del BID para la contratación de obras…….....61
2.3.4 Quién puede participar en un proyecto financiado por el BID.....63
2.3.5 Inhabilidades para participar en procesos contractuales con el Estado financiados por fondos BID……65
2.3.6 Causas para cancelación de créditos y proyectos financiados por fondos BID……..67

CAPÍTULO III

POLÍTICAS DE CONTRATACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS VS POLÍTICAS CONTRATACION CON EL BID

3.1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....71

3.1.1 De la Contratación Pública Nacional financiada con fondos del BID**…**77
3.1.2 Fases o etapas para adquisición de obra pública - Licitación……81
3.1.3 Método de evaluación - Parámetros para la evaluación de las ofertas Licitación……..96
3.1.4 Parámetros de calificación**……**100

3.2 Convenios y Políticas Internacionales para financiamiento de Obra Pública Vs Ley Nacional aplicable. LICITACIÓN: ¿Cuál es la Ley Aplicable? - Nacional o bajo convenio……102

3.2.1 Posibles vacíos legales en la legislación interna: Aplicabilidad de Políticas BID y normas a implementar en Ecuador……106

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS FINANCIAMIENTO OBRA PÚBLICA EN ECUADOR

4.1 OBRA PÚBLICA FINANCIADA POR EL BID

4.1.1 Participación del BID en Ecuador: Suscripción de Créditos y Convenios…..111

4.1.2 Política Integridad y Trasparencia Legal en contratos de Obra Pública financiados por el BID…….117

4.1.3 Uso eficiente y económico de los procesos de contratación de Obra Pública financiados con fondos del BID…….122

4.2 Caso de estudio - Metro de Quito financiado parcialmente con fondos BID Base legal Ecuador y normativa BID…….125

CAPÍTULO V

LA NECESIDAD DE EMPRENDER PROYECTOS PARA CONTRATAR OBRA PÚBLICA FINANCIADA CON FONDOS INTERNACIONALES EN BASE A POLÍTICAS Y LEGISLACIÓN ADECUADAS

5.1 Requisitos mínimos de la Gestión Pública para control a proyectos financiados con fondos del BID: Revisión de los mecanismos de supervisión de la contratación pública por parte de las entidades de control del Estado……132

5.2 Lineamientos para el fortalecimiento del marco institucional y normativa nacional para la contratación con fondos internacionales BID ……140

CAPÍTULO IV

Conclusiones.……146

Recomendaciones……...148

Bibliografía.……152

Siglas

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

CPOT: Construcción, Propiedad, Operación, Transferencia

DDL: Documentos de Licitación

DEL: Documentos Estándar de Licitación

IP: Informe de Proyecto

LPI: Licitación Pública Internacional

LPN: Licitación Pública Nacional

PIB: Producto Interno Bruto

LOSNCP: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Portal Institucional: (www.sercop.gob.ec): Es el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano, SOCE.

SEPA: Sistema de Ejecución de Planes de Adquisición.

RGLOSNCP: Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de CP

SERCOP: Servicio Nacional de Contratación Pública.

SIPeIP: Sistema Integrado de Planificación e Inversión pública.

SNCP: Sistema Nacional de Contratación Pública.

CGS: Préstamos Con Garantía Soberana.

CT: Cooperación Técnica.

GADs: Gobiernos Autónomos Descentralizados.

SENPLADES: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

PGE: Procuraduría General del Estado.

LICO: Licitación de Obras

INTRODUCCIÓN

La administración pública para la consecución de sus fines, entre otras actividades debe celebrar actos contractuales a fin de contratar obras, bienes o servicios que aseguren el bienestar de la colectividad. Con este propósito se ha venido consolidando la ejecución de obra pública financiada con fondos de organismos multilaterales de crédito, bajo la suscripción de convenios entre las entidades que comprenden el sector público con organismos de cooperación internacional.

Todo ello exige un análisis del proceso legal y normativo que debe seguirse para financiamiento de obra pública con fondos de organismos multilaterales de crédito, y puntualmente con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), puesto que este Banco es el organismo multilateral con el que más se ha relacionado directamente nuestro país en los últimos años, la cartera del BID es bastante amplia en cuanto a la financiación de proyectos en Ecuador.

La licitación pública es un procedimiento precontractual previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya finalidad es elegir al proponente que formule la oferta más ventajosa para el Estado. Es un procedimiento legal y técnico al que deben sujetarse tanto la entidad contratante, cuanto los interesados en participar con el propósito de relacionarse contractual y jurídicamente con el Estado.

Estudiaremos esta figura para conocer a fondo uno de los procesos precontractuales para adquisiciones más utilizado de acuerdo al Servicio Nacional de Contratación Pública en relación a la contratación pública financiada con fondos provenientes del BID, cuyo procedimiento precontractual está previsto dentro el marco del ordenamiento jurídico de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Esta investigación académica girará en torno al marco legal y normativo para alcanzar a determinar si jurídicamente los convenios y contratos celebrados con organismos internacionales de cooperación en este caso con el BID, “se armonizan con la aplicación

de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública", se procede entonces a determinar el régimen jurídico de los convenios de la administración pública en el Ecuador y en base a ello, adentrarnos en el análisis del artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 2 de su Reglamento de aplicación, y, finalmente el planteamiento de varias propuestas de reformas a las normas jurídicamente aplicables con la firme intención de disciplinar y afianzar la figura de este tipo de convenios y sus contrataciones en nuestro país.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA NACIONAL FINANCIADA CON FONDOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES CON ENFOQUE EN EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID.

1.1.- Análisis y elementos de la Contracción Pública financiada con fondos BID.

1.1.1.- Antecedentes de la Contratación Pública ecuatoriana patrocinada por el BID

A lo largo de ya casi 60 años el Banco Interamericano de Desarrollo ha contribuido estratégicamente con el desarrollo económico y al posicionamiento de importantes proyectos de infraestructura, fomentando el progreso y los intereses del Ecuador, ha logrado que se ejecuten y materialicen grandes obras en el aspecto público en el territorio ecuatoriano. El Gobierno ecuatoriano mantiene relaciones de cooperación con varios organismos internacionales y con varios países de todo el mundo, con los cuales tiene vigentes acuerdos de cooperación o relaciones comerciales, en donde la inversión para obra pública es uno de los componentes principales de colaboración y cooperación, en especial lo relacionado a la construcción y dotación de infraestructura al servicio de la comunidad.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), actúa con financiamientos en Ecuador, en base al Convenio Constitutivo de fecha 30 de diciembre de 1959 y modificaciones vigentes de fecha 31 de julio de 1995. El citado Convenio Constitutivo fue aprobado en Ecuador, a través del Congreso de la República con fecha 18 de septiembre de 1960.

El BID ha sido tradicionalmente uno de los principales agentes de financiamiento internacional del país. Durante los últimos cinco años, el Banco ha pasado de representar el 18% de la deuda pública externa a representar el 23.2% de la misma, habiéndose mantenido estable con su inversión cuya deuda total multilateral gira en torno a un 44% hasta 2014. [1] Los recursos de estos mecanismos de financiamiento se entregan en calidad de préstamos en condiciones determinados caso por caso, pero requieren el aval del Estado Ecuatoriano, por lo que los proyectos que aplican a esta modalidad son aquellos implementados por entidades de la Administración Pública

La actividad del BID en nuestro país se cumple en áreas determinadas dentro de un conjunto de sectores que reflejan el posicionamiento y capacidad de respuesta del Banco en la provisión de asistencia técnica y apoyo institucional al aparato estatal, además de los recursos de financiamiento, es decir más concretamente, el Banco se ha consolidado como

[1] Fuente: Documento Oficial del Banco Interamericano de Desarrollo. Ecuador Estrategia de País del BID 2012- 2017. Pág. 1de Septiembre de 2012.

el principal socio multilateral del Ecuador con préstamos a sectores como carreteras e infraestructura, vivienda, salud, y gestión de riesgos.

Recordando un poco la historia con este organismo multilateral de crédito, durante la última Estrategia de País 2008-2011[2], el BID aprobó préstamos Con Garantía Soberana [3]por un monto de US$1,495 millones. La cartera activa de préstamos CGS al 30 de abril de 2012 comprendía 23 operaciones de crédito por un monto de US$1,921 millones, distribuidas principalmente en los sectores de energía (8.5%), transporte (18.2%), educación y salud (21.9%), acceso a financiamiento (2.6%), gestión fiscal y modernización del Estado (19.1%), vivienda, desarrollo urbano, agua y saneamiento (18%), desarrollo rural y gestión de riesgos naturales (7.2%). [4]

En base a estos datos, cabe realizar en adelante un análisis de los antecedentes históricos y jurídicos de legislación vigente, versus la legislación actual y pasada, por medio de la cual se instauraron este tipo de relaciones de cooperación financiera en materia de contratación pública entre Ecuador y el BID.

La antigua de Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero de 2001 y vigente hasta la expedición de la nueva Ley Orgánica de Contratación Pública en 2008, fue la primera ley en regular formalmente este tipo de relaciones contractuales con organismos multilaterales de crédito.

Esta Ley encasillaba a los *contratos financiados con préstamos internacionales* específicamente en el Capítulo III artículo 53 como caso de excepción, disponía que:

> Art. 53.- Caso especial.- En las licitaciones, concursos públicos, concursos privados y contratación directa y relativa a ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en ellos se regirá por las disposiciones de esta ley u otras aplicables sobre la materia. [5]

Anteriormente al tratar el tema de los convenios con organismos multilaterales de crédito, se decía que el contrato financiado con recursos otorgados por estas entidades de crédito, tenía su fundamento legal en el artículo 53 de la Codificación mencionada; y se lo tramitaba de conformidad con las normas descritas en el respectivo Convenio de Crédito.

---

[2] Estrategia país: Hace referencia al documento firmado entre Ecuador y el BID, en este caso para el año 2008-2011, para implementar un plan de trabajo y los principales puntos a financiarse.

[3] Ver referencia siglas para CGS en la sección "Siglas" de este documento. Esta sigla hace referencia a préstamos "Con Garantía Soberana"

[4] Fuente: Documento del Banco Interamericano de Desarrollo. Ecuador Estrategia de País del BID 2012- 2017. Resumen Ejecutivo. Pág. V. De Septiembre de 2012.

[5] Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero de 2001 Art. 53

Adicionalmente, para la celebración de estos contratos, en el artículo 7 de la Codificación ibídem, mencionaba que era necesaria la autorización expresa del Presidente de la República, previa existencia de informes emitidos por la Oficina de Planificación Nacional (ODEPLAN), la Subsecretaría del Tesoro y del Ministerio o entidad contratante respecto de la competitividad de precios. [6]

Así mismo, la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, también sostenía que todos los contratos antes de ser adjudicados bajo modalidad de licitación o concurso público de ofertas, debían contar en forma previa a su celebración, con los informes favorables de la Contraloría y Procuraduría General del Estado, pues así lo exigía el artículo 60 de la misma Ley.

> "Art. 60.- Informes.- En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado.[7]"

Posteriormente, el 4 de agosto del 2008, se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual derogó la Ley de Contratación Pública antes señalada. Dispone en su artículo 3, que los contratos financiados con créditos extranjeros deben regularse por las disposiciones de los convenios contratados.

> "Art. 3.- Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional
> 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.[8]"

Cabe recalcar que actualmente, ya no se necesita informes previos de instituciones de control, ni de la aprobación del Presidente de la República para celebrarlos. Por el contrario, en la actualidad, las relaciones legales entre prestatario y el Banco se rigen por el contrato de crédito; Y lo no previsto en el mismo, y bajo previo acuerdo entre las partes, se regula por las leyes nacionales.

---

[6] Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero de 2001. **Art. 7**.- Requisitos para la celebración de contratos con financiamiento de gobiernos extranjeros.- (..) serán autorizados expresamente por el Presidente de la República, previo los siguientes informes: **1)** Del ODEPLAN o los organismos que realizaren estas funciones, **2)** Subsecretaría del Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas; y**, 3)** Del ministerio o entidad contratante respecto a la competitividad de los precios contemplados para las obras, bienes o servicios que se prevén contratar con los del mercado nacional e internacional, cuando fueren aplicables, considerando los términos del financiamiento.

[7] Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero de 200.1 Art. 60.

[8] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 3. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008.

La disposición citada en el párrafo precedente se encuentra reglada en los siguientes términos dentro del Art. 2 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.[9]

> ¡Art. 2.- Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.- En la suscripción de los convenios de crédito o de cooperación internacional se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales. El régimen especial previsto en el artículo 3 de la Ley se observará independientemente que el financiamiento internacional sea total o parcial, siempre que se observen las condiciones previstas en el Convenio."

De la lectura de los artículos citados se puede colegir, que la materia de financiamiento público con fondos de cooperación, se ha ido fortaleciendo en las leyes de nuestro país. Si bien la legislación interna ya tenía antecedentes respecto de esta figura habilitante por la cual el Estado por la vía de la función administrativa es un sujeto de crédito internacional, se incorporaron pocos cambios de esta materia en la legislación nacional.

En este punto cabe empezar a plantearse algunas de las muchas inquietudes que servirán para continuar el desarrollo del presente trabajo, que serán absueltas con posterioridad, conforme al siguiente detalle: **a)** ¿Qué procedimiento previo debe existir o que requisitos deben cumplirse para contratar obra pública con fondos BID?; **b)** Cuál es el contenido del convenio o contrato de préstamo?; **c)**¿Cómo se selecciona el organismo internacional de cooperación y cuál es su naturaleza jurídica?; **d)** ¿Cuál es la fuente de financiamiento para préstamos para la cooperación?; **e)** ¿Cómo se desarrolla el contenido del convenio e inclusive su problemática de implementación?; y, **f)** ¿En relación a este procedimiento como aplica el principio de transparencia principalmente que rige a todos los actos y actuaciones de la administración Pública?.

De allí que se busca aclarar estas dudas que hasta la fecha ha sido de poco análisis y estudio. Los cuales se analizarán más adelante en el capítulo correspondiente.

1.1.2.- Propósito y Alcance

En cuanto al propósito y alcance de la Contratación Pública financiada con fondos de entidades cooperantes internacionales, analizaremos cuál es la finalidad de la Administración Pública para acceder a préstamos provenientes de organismos multilaterales como el BID, así como también, revisaremos el alcance de las políticas del BID para el otorgamiento de préstamos a países miembros.

[9] Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art.-2. publicado en Registro oficial el 8 de agosto de 2008.

Naturalmente, no existe coincidencia cabal entre unos y otros propósitos para contratación de un crédito, tanto la legislación nacional y la normativa interna del BID guardan distintas directrices, pero sí es posible establecer ciertas analogías y comentarlas.

De acuerdo a las disposiciones del Convenio Constitutivo [10]del Banco Interamericano de Desarrollo, que citaremos a continuación, en su artículo III sección operaciones:

> "El Banco podrá efectuar o garantizar préstamos a cualquier país miembro, o a cualquiera de las subdivisiones políticas u órganos gubernamentales del mismo, ya sean entidades autónomas, empresas mixtas, en el territorio de un país miembro".

Las instituciones que pueden acceder a créditos dentro del sector público, que es la parte que nos interesa**,** son aquellas que el Banco incluye dentro de su lista oficial de acuerdo a sus Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo detallado en el documento No. GN-2349-9[11].

Es decir, al alcance de estos créditos están las entidades estatales descentralizadas tales como bancos estatales, corporaciones de fomento, empresas de servicios públicos, universidades, municipios, prefecturas, etc., que tengan capacidad legal para suscribir contratos de préstamo con el Banco. En definitiva, si la propiedad de la empresa corresponde en más del 50% a entidades del sector público, el Banco las considera como pertenecientes a dicho sector y califican para ser entidades prestatarias.

Un proyecto de inversión pública, es un conjunto de acciones organizadas, mediante las cuales se dispone de recursos públicos para obtener un resultado concreto que implique un avance hacia los objetivos de la política pública, dentro de un plazo previamente determinado. Nuestra Carta Magna establece que la inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que el Estado necesita.

Para ello la Constitución Política en su Art. 339[12] nos dice:

> "Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como

[10] Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo Artículo III, sección operaciones y Políticas Operativas Generales.
[11] Documento BID GN-2349-9 "Políticas para la Selección y Contratación de Obras y Bienes Financiados por el BID.
[12] Constitución Política del Estado. Capítulo sexto Trabajo y producción.-Sección sexta. Ahorro e inversion Art. 339. Codificación 2008.

en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados."

De acuerdo a este artículo, el fin de la administración es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del país. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir correctamente la toma de decisiones respecto del cómo incrementar sus recursos. Para eso, el Estado busca promover a todo nivel inversión pública para garantizar el cumplimiento de sus objetivos institucionales, robusteciendo así su actividad estatal al emprender planes de desarrollo en infraestructura.

Para cumplir con estas metas de inversión pública, el Estado precisa contratar préstamos con organismos multilaterales, que no son más que instituciones financieras que conceden capital bajo ciertas condiciones monetarias a los países miembros con el objetivo de fomentar su crecimiento y progreso.

La contratación de deuda pública es una de las herramientas principales con las que cuenta la administración para la consecución de sus fines. Es así como la Constitución en su Art. 289[13], autoriza este tipo de transacciones:

"Art. 289.- La contratación de deuda pública en todos los niveles del Estado se regirá por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, y será autorizada por un Comité de Deuda y Financiamiento de acuerdo con la Ley, que definirá su conformación y funcionamiento. El Estado promoverá las instancias para que el poder ciudadano vigile y audite el endeudamiento público."

Al igual que la función pública estatal de nuestro país, el Banco también tiene como propósito fundamental contribuir al proceso de desarrollo de los territorios miembros, ello lo menciona en su Convenio Constitutivo[14] en su sección funciones, las cuales son:

- Promoción de inversiones;
- Captación de recursos y financiamiento;
- Estímulo y complementación de las inversiones privadas;
- Cooperación para orientar el desarrollo de los países miembros;
- Provisión de asistencia técnica.

[13] Constitución Política del Estado.- Capítulo cuarto.- Soberanía económica.- Sección tercera.- Endeudamiento público.- Art. 289. Codificación 2008.
[14] Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo.- Artículo I. Objeto y funciones. Pág 5.

Por ende destina sus recursos al fomento de proyectos en el campo de la infraestructura económica (carreteras, hospitales, escuelas, etc.), también estimulan el desarrollo de los sectores directamente productivos (agricultura, ganadería, pesca, etc.).

Por su parte el Banco, de conformidad con su Convenio Constitutivo, establece que se debe **"…asegurar que el importe de un préstamo se destine únicamente a los fines para los cuales éste fue concedido, con la debida atención a los factores de economía y eficiencia y haciendo caso omiso de influencias o consideraciones de carácter político o no económico"**[15]**,** y a ese efecto ha establecido procedimientos detallados en el mismo convenio. Con el propósito de cumplir con sus objetivos para fomentar el desarrollo y la cooperación, es imprescindible que el prestatario se ajuste a los requisitos exigidos por el Banco, los cuales están orientados por cuatro consideraciones, a saber:
(Lo resaltado es de la autora).

a) La necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, en la contratación de bienes para la ejecución de las obras involucradas en él;

b) El interés del Banco en dar a todos los licitantes elegibles, tanto de países desarrollados como en desarrollo , la misma información e igual oportunidad de competir en el suministro de bienes y la ejecución de obras financiados por el Banco;

c) El interés del Banco en fomentar el progreso de los contratistas y fabricante del país Prestatario, y;

d) La importancia de que el proceso de contratación sea transparente.

Para ambos, tanto Estado a través de la Administración, como Banco Interamericano de Desarrollo, es primordial satisfacer la necesidad de promover el crecimiento sostenible de la economía con el objetivo de lograr una reducción duradera de la pobreza y una mayor equidad social.

1.1.3.- Consideraciones generales de los Contratos Públicos financiados con préstamos Internacionales del BID.

El contrato de obra pública es un contrato eminentemente administrativo, si como tal entendemos a "toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa". [16]

[15] Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo.- Artículo I. Objeto y funciones. Pág. 10.
[16] Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina, ed. Ciudad de Argentina, 1998. Pág. 17.

Previo a definir al "Contrato de Obra Pública" que es el tema que nos ocupa, debemos partir por establecer una noción de lo que entendemos por obra pública como un acto facultativo que ejecuta la Administración.

La Administración Pública en cumplimiento de sus fines se ve en la necesidad de ejecutar importantes obras de infraestructura para la satisfacción de las necesidades colectivas de la población, para ello recurren en ocasiones a las empresas particulares mediante los Contratos de Obras, servicios o suministros. Cada uno de los diferentes Contratos de la Administración Pública (obras, servicios, suministros) debe de reunir unas características en concordancia con la necesidad pública que tratan de satisfacer.

Por ello, el Contrato de Obra Pública ha sido objeto de una regulación específica y detallada en nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.[17]

> "Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos."

Al ser la obra pública el resultado de un trabajo realizado por cuenta de una persona pública estatal, conviene destacar que la ejecución de esa obra se puede llevar a cabo de dos maneras, así lo menciona el tratadista Héctor Ramón Torres Córdova [18]:

a) Directamente por la propia Administración Pública, esto es, por administración directa, y;

b) La que se efectúa por medio de la colaboración de los particulares, bien sea a través de la suscripción de contratos de ejecución de obra pública o por contratos de concesión.

Hacemos esta aclaración porque el objeto de este trabajo de investigación se concreta al estudio exclusivo de los contratos de obra pública, por lo que se excluye el resto de contratos no relacionados al mismo.

El contrato según la definición del artículo Art. 1454 del Código Civil[19], es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; es decir, es un acuerdo de voluntades. El tratadista de Derecho Administrativo Marienhoff, menciona al respecto lo siguiente:

---

[17] Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública: Título IV. De los contratos. Art. 60.- Carácter de los Contratos.
[18] TORRES, Héctor.- Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" UCA. San Salvador, El Salvador. 2004. Cátedra de Derecho Administrativo III. Pág.17
Categoría: Derecho Administrativo
[19] Código Civil Ecuador, Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

> "Todo contrato, sea de derecho privado o público, es siempre un acto voluntario, de modo que si no hay voluntad recíproca no hay contrato, siendo este un principio elemental del derecho"[20]

El mismo Marienhoff manifiesta al respecto del Contrato Administrativo de obra pública:

> "La voluntad del particular se exterioriza de la misma manera que en los contratos de derecho privado, en cambio, la voluntad de la Administración está sujeta a procedimientos previstos en la ley, los mismos que son variados y revisten cierta complejidad. De no observarse los procedimientos reglados por el Derecho Administrativo, la voluntad administrativa estaría viciada y no produciría efectos en la ejecución del contrato de obra pública. [21]
>
> En un primer sentido la frase "obra pública" designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son "obras públicas", en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.
>
> En un segundo sentido la frase se identifica por extensión con el concepto de "contrato de obra pública", y designa por ello a los contratos realizados por la administración con particulares para que éstos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos, etc."

De ello podemos inferir que, la ejecución de obra pública está a cargo de la Administración, para lo cual, el Estado como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener las mejores condiciones en su contratación, las más económicas, las más eficientes, las que cumplan con los requerimientos y especificaciones técnicas y las que ofrezcan mayores garantías de seriedad para su realización.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina los procesos de contratación de obra pública, a partir del "Título III De los procedimientos, Capítulo I Normas comunes a todos los procedimientos de Contratación Pública", los mismos que se llevan a cabo según sea el objeto de la contratación y los montos o cuantía de la misma.

[20] Miguel S Marienhoff, Tratado de Derecho administritivo, Tomo III-A, Buenos Aires, Editorial Abeledo 2009, Pág. 105.
[21] Miguel S Marienhoff, Tratado de Derecho administritivo, Tomo III-A, Buenos Aires, Editorial Abeledo 2009, Pág. 107.

A continuación detallaremos en un gráfico los diferentes procedimientos y montos para la contratación pública correspondiente al año 2014, de acuerdo al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP [22], los cuales se mantienen hasta la fecha:

CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTO	MONTOS DE CONTRATACIÓN
BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS	CATÁLOGO ELECTRÓNICO	Sin límite
	ÍNFIMA CUANTÍA*	Menor o igual a $ 6.860,13
	SUBASTA INVERSA	Mayor a $ 6.860,13
	MENOR CUANTÍA**	Menor o igual a $ 68.601,27
	COTIZACIÓN**	Entre $ 68.601,27 y $ 514.509,56
	LICITACIÓN**	Mayor o igual a $ 514.509,56
BIENES Y SERVICIOS NO NORMALIZADOS	MENOR CUANTÍA	Menor o igual a $ 68.601,27
	COTIZACIÓN	Entre $ 68.601,27 y $ 514.509,56
	LICITACIÓN	Mayor o igual a $ 514.509,56
OBRAS	MENOR CUANTÍA	Menor o igual a $ 240.104,46
	COTIZACIÓN	Entre $ 240.104,46 y $ 1´029.019,11
	LICITACIÓN	Mayor o igual a $ 1´029.019,11
	CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO	Mayor a $ 34´300.637,01
CONSULTORÍA	CONTRATACIÓN DIRECTA	Menor o igual a $ 68.601,27
	LISTA CORTA	Entre $ 68.601,27 y $ 514.509,56
	CONCURSO PÚBLICO	Mayor o igual a $ 514.509,56
* Si el producto no se encuentra en Catálogo		** Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos

Fuente: portal SERCOP, Montos para Contratación Pública, www.compraspublicas.gob.ec.

Brevemente analicemos entonces a estos procedimientos de contratación, que están determinados en la LOSNCP a partir de la "Sección I" denominado "Alcance a la contratación para la ejecución de obras":

Son Procedimientos Dinámicos:

- Compras por Catálogo; y,
- Subasta Inversa.

Son Procedimientos Especiales:

- Contratación Integral por precio fijo;
- Contrataciones en situaciones de emergencia;
- Adquisición de bienes inmuebles; y,
- Arrendamiento de bienes inmuebles.

[22] Gráfico fuente, portal SERCOP, Montos para Contratación Pública, www.compraspublicas.gob.ec.

Son Procedimientos por la cuantía del contrato:

- Licitación;
- Cotización;
- Menor Cuantía; e,
- Ínfima cuantía.

Son Procedimientos por la naturaleza de la contratación:

- Consultoría;
- Régimen especial; y,
- Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.

Correspondería entonces para entrar en materia de esta investigación, profundizar a la licitación dentro del régimen de contratos financiados con préstamos y cooperación internacional, ello lo abordaremos más adelante, dedicándole más profundidad por ser un tema que amerita un análisis minucioso.

Queda claro que para contratar créditos internacionales se debe suscribir un convenio previo. Para ello, se encuentra sin lugar a dudas prefigurada la potestad estatal para celebrar convenios. La norma constitucional sobre tratados en su Art. 427 [23]establece la base jurídica para la celebración de acuerdos de cooperación y firma de convenios entre los distintos órganos y entes administrativos que componen el sector público y de éstos con terceros como organismos de cooperación internacional, menciona que:

> "Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución."

Atendiendo al principio de legalidad dentro de la constitución y a la normativa de la LOSNCP en su artículo 3 y artículo 2 de su respectivo reglamento, el 13 de mayo de 2014 el SERCOP, organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) en conjunto con el Ministerio de finanzas, suscribieron un acuerdo con el BID llamado "Acuerdo para el uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en proyectos

[23] Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios. Art. 327.

financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo", por el cual se prevé el uso obligatorio del SNCP en la contrataciones que realicen las entidades contratantes incluidas en el plan piloto.

Las entidades contratantes, así como los nombres de los proyectos que han sido financiados bajo esta modalidad se detallan a continuación.[24]

Entidad Contratante	Nro. Préstamo	Nro. De Proyecto	Nombre del Proyecto
Ministerio de Cultura y Patrimonio.	2678/OC-EC	EC-L1097	Protección y Recuperación del Patrimonio Cultural de Ecuador.
Banco del Estado.	2377/OC-EC	EC-L1081	Programa de Infraestructura Rural de Saneamiento y Agua.
Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Chimborazo.	2950/OC-EC	EC-L1121	Programa de Inversión para el Desarrollo Rural de Chimborazo.
Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.	2487/OC-EC	EC-L1083	Modernización del Registro Civil Modernización y Cedulación.
Ministerio de Educación.	2340/OC-EC	EC-L1075	Programa Nacional Infraestructura de la educación con calidad.
Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.	3087/OC-EC	EC-L1128	Programa de electrificación rural y urbano Marginal FERUM II
Contraloría General del Estado	3120/OC-EC	EC-L1119	Mejora de la Función de Control de la Contraloría General del Estado

*** Fuente: SERCOP, Resolución No. RE- SERCOP- 2014- 0000017, 29 octubre 2014.**

El ámbito de aplicación de este acuerdo consiste en la utilización obligatoria de los modelos de pliegos dispuestos por ambas entidades, que contienen las condiciones particulares y generales de participación para la contratación de obras, siempre y cuando se encuentre dentro de los siguientes montos: [25]

[24] Fuente SERCOP, Resolución No. RE- SERCOP- 2014- 0000017, 29 octubre 2014.
[25] SERCOP, Resolución No. RE- SERCOP- 2014- 0000017, 29 octubre 2014. Pág. 2

OBRAS:

	Desde	Hasta
➢ Licitación :	> 1´ 029.019.11	3´000.000.00

Los contratos por montos superiores a este umbral en el caso de contratación de obras por licitación se regirán por las normas previstas en los respectivos convenios de préstamos financiados por el BID.

Este análisis nos lleva a la conclusión de que la Administración Pública actúa de una manera tal que, en el cumplimiento de los objetivos estatales, y bajo el principio de legalidad consagrado en sus normas constitucionales, en la suscripción de convenios de cooperación, así como remitiéndose a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento artículos No. 3 y No. 2 respectivamente, junto con la resolución No. RE- SERCOP- 2014- 0000017, demuestra ahora un panorama actual distinto al de años pasados, en donde no existía esta tipo de acuerdos ni avances en el ámbito de la contratación pública, ahora con este modalidad o alianza con el BID como actor principal de financiamiento, se infiere que, la sociedad tiene la necesidad ineludible de que el Estado esté a la par de los otros países de la región en cuanto a cooperación y relaciones internacionales para procurar el cumplimiento de los objetivos estatales, la satisfacción de las necesidades colectivas de la población, a través de la suscripción de contratos públicos que vinculan a la administración y a las entidades de financieras multilaterales de crédito.

Estos son a nuestro criterio los principales puntos y consideraciones generales preliminares, que demuestran las bases del funcionamiento de las relaciones de cooperación entre la Administración estatal y el financiamiento de obra pública con créditos provenientes del BID que se han llevado a cabo en los últimos años en nuestro país.

1.1.4.- Planteamiento del Problema

Como se lo ha planteado desde el inicio de esta investigación, cuando una institución propia del Estado necesita realizar obra pública para la ejecución importantes proyectos, y la Administración no cuenta con los fondos suficientes o una fuente para inversión mayor en infraestructura, esta tiene plena potestad para establecer convenios de cooperación para acceder a créditos multilaterales.

Para el Estado ecuatoriano, esta manera de aumentar recursos es plenamente facultativa y se la ha venido contratando con el BID incluso más que con cualquier otra entidad de cooperación hace décadas. Aquellos ingresos de la época fueron destinados para inversión en las áreas de educación y mejoramiento de infraestructura, carreteras y agua potable, [26] con el fin de mejorar la calidad de vida de los administrados.

Esta actividad ha estado presente durante ya tantos años en el sistema ecuatoriano de contratación pública, y no han sido muchos los tratadistas nacionales y expertos jurídicos que han realizado estudios detallados sobre el procedimiento a seguir en los casos en los cuáles la Administración Pública, y esta, a través de sus organismos institucionales o seccionales, requieran contratar fondos a través del BID.

Décadas han pasado sin que se solventen algunas inquietudes como: ¿Cuáles son los requisitos formales, y que dice nuestra legislación y los mencionados convenios acerca de la adquisición de obra pública bajo licitación con fondos del BID? Específicamente, ¿Existe un análisis de los actos preparatorios y precontractuales establecidos en las leyes y reglamentos vigentes vs la normativa interna del BID? ¿Los procedimientos nacionales y los del Banco Interamericano de Desarrollo se contraponen entre sí?, o por el contrario, ¿se complementan?; y finalmente: ¿Se ha instaurado un programa nacional que busca unificar procedimientos de cooperación entre ambas partes?

Vale la pena analizar cuáles son los requisitos, normativa aplicable, y procesos del organismo ejecutor que entrega el crédito, es decir, el BID.

En definitiva, son poco analizados estos temas en la actualidad. Más aún cuando surgen incógnitas como ¿Qué sucede actualmente en caso de que se generen conflictos legales durante la ejecución del proyecto financiado con fondos del BID?

Seguramente, no se han hecho mayores investigaciones académicas sobre el tema puesto que la Ley es muy clara y determinante en el Art.3 de la LOSNCP, "las contrataciones que se financien previo convenio con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, se observará lo acordado en los

[26] Fuente: Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público, Adscrita al Ministerio de Finanzas , Informe final de la Auditoría Integral de la Deuda Ecuatoriana, 9 de julio de 2007. Pág. 80

respectivos convenios", dejando a la normativa legal interna como supletoria en caso de existir algo no previsto en dichos convenios. Tal vez se piense que no hay mucho que acotar al tema si solo existe un camino para la contratación de obra con este mecanismo de financiamiento externo.

Así que cabe preguntarnos, aparte de las dudas planteadas anteriormente, ¿Qué organismos o entes reguladores son los encargados de vigilar y ejecutar controles que permitan que los fondos acreditados sean puestos en ejecución para lo que en un inicio fue acordado?, ¿Cuál es el rol que la Contraloría General del Estado tiene como actor supervisor de los recursos públicos?, y su potestad de verificar si los recursos de préstamos se destinaron a la finalidad para la cual fueron contratados, así como su uso eficiente y económico, de acuerdo a los artículos 211 y 212 de la Constitución a los que haremos referencia más adelante en el capítulo correspondiente.[27]

Estas dudas pueden ser aclaradas haciendo un análisis comparativo entre lo que establece la Ley nacional vs lo que establece el convenio del organismo internacional de crédito BID.

Nos ha parecido importante analizar este tema y su procedimiento contractual para establecer fortalezas y debilidades del sistema actual, formulando planteamientos para mejorarlos e incorporarlos como una propuesta a la normativa interna nacional, con ello se busca que el lector encuentre una guía clara que afiance el conocimiento del o los interesados que quieran contratar bajo este tipo de modalidad o mecanismo, los cuales han demostrado ser un beneficio permanente para el Estado y los particulares.

1.1.5.- Aplicabilidad de las Políticas del BID para el financiamiento de obras en Ecuador.

Las políticas que el Banco Interamericano de Desarrollo ha desarrollado para contratar créditos para la adquisición de bienes y obra pública, se encuentran en el documento "Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de Marzo 2011".

[27] Constitución Política de la República del Ecuador. Capítulo Quinto Función de Transparencia y Control Social. Sección tercera, Contraloría General del Estado Art. 211 y Art. 212

Antes de entrar en materia de aplicabilidad de políticas vale la pena aclarar tres aspectos que se entrelazan al contratar un crédito, debemos separarlos de esta manera para evitar confusiones al lector.

Al contratar un crédito con el BID existen tres distintos tipos de documentos aplicables a saber, que guardan estrecha relación entre sí. Ellos son:

- El Contrato de Préstamo
- Las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID GN-2349-9, y;
- Pliegos Licitación

Brevemente expliquemos en qué consiste cada uno de ellos antes de entrar en materia de aplicabilidad de políticas del BID en Ecuador.

Cuando el o los interesados requieren contratar un préstamo con el Banco lo hacen a través de un ***Contrato de Préstamo***, [28]en donde se regulan las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco. Un contrato de préstamo con el BID empieza describiendo el objeto del préstamo y nombrando a la institución encargada de llevar a cabo su ejecución, define los términos a utilizarse, interés, amortizaciones, comisión, tipo de moneda, lugar de pagos, condiciones de los desembolsos y sus procedimientos, ejecución y condiciones para las contrataciones a cargo del préstamo, obligaciones del organismo ejecutor, procedimientos de registro, inspecciones e informes y comunicación entre las partes. Dentro de este contrato de préstamo ***también se estipulan las políticas para la contratación de obras*** y, las cuales son utilizadas como guía de contratación y que a petición del Banco deben estar incluidas dentro de las cláusulas del contrato de préstamo.

Las ***Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID GN-2349-9,*** tienen por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado

[28] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, Consideraciones Generales, Pág. 1. La expresión "Contrato de Préstamo" comprende todos los instrumentos legales por medio de los cuales se formalizan las operaciones del Banco.

Contrato de Préstamo: El contrato de préstamo es aquél en virtud del cual una parte entrega a otra determinada cantidad de una cosa, sea ésta dinero u otra, comprometiéndose la parte que la recibe a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el plazo convenido.

Art. 2126 del Código Civil define al mutuo o préstamo de consumo como el contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles (v.g.dinero), con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

La definición anterior es genérica, puesto que el concepto de préstamo en sí resulta muy amplio. Con el fin de analizar los aspectos más importantes del contrato de préstamo, conviene delimitar a qué concreto tipo se hará referencia.

en su totalidad o en parte con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, acerca de las políticas que rigen la adquisición de los bienes, o de las obras necesarias para el proyecto. Esta es la guía que el Banco pone a disposición de los interesados para

Finalmente, los derechos y las obligaciones del prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto se rigen por los *documentos de licitación*, y por los contratos firmados por el prestatario con proveedores y contratistas, *y no por las Políticas ni por el Contrato de Préstamo***.**

Esta distinción es importante porque dejamos claro que las políticas del documento ***BID GN-2349-9, no constituyen la base del contrato de préstamo,*** sino más bien planifican los pasos a seguir si se quiere llegar a contratar un crédito, hablemos de que es un paso previo para suscribir el contrato de préstamo.

Los procedimientos descritos en las mencionadas políticas se aplican a toda contratación de bienes y obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo.

Las políticas contenidas en el documento GN-2349-9 a las que hacemos referencia son:

- Describen los métodos de contratación que pueden ser usados en circunstancias en que la licitación pública internacional no sea el método más económico y eficiente de contratación, y para las cuales se considere más apropiado el uso de otros métodos como la Licitación Pública Nacional, método de licitación competitiva que se emplea normalmente en las contrataciones del sector público en el país del Prestatario.

- Determina que son los documentos de Licitación, los cuales contienen toda la información necesaria para que un posible oferente prepare una oferta con respecto a las obras que hayan de construirse, los cuales incluyen:

    - Llamado a licitación;
    - Instrucciones a los oferentes;
    - Formulario de las ofertas;
    - Formulario del contrato;
    - Condiciones contractuales, tanto generales como especiales;
    - especificaciones y planos;
    - Información técnica que corresponda (incluyendo las características geológicas y ambientales); listas de bienes o cantidades;
    - Plazo de entrega o terminación de la obra.

- Instrucciones para que los Prestatarios utilicen los Documentos Estándar de Licitación (DEL) apropiados, emitidos por el Banco.

- Condiciones y métodos de pago, las cuales deben guardar conformidad con las prácticas comerciales internacionales que sean aplicables a los bienes y obras específicos. **Transcribo textual** *"En los contratos de obras se deben estipular, en los casos en que proceda, anticipos para movilización, equipos y materiales del contratista y pagos parciales de acuerdo con el avance de las obras, y la retención de sumas razonables que deberán liberarse una vez que el contratista haya cumplido sus obligaciones contractuales".*[29]

- Condiciones Contractuales, y lo **transcribo textual** para mejor comprensión, *"Los contratos deben especificar con claridad el alcance de las obras por ejecutar o de los bienes por suministrar, los derechos y obligaciones del Prestatario y del proveedor o contratista, así como las funciones y autoridad del ingeniero, arquitecto o administrador de la construcción que hubiere sido contratado por el Prestatario para la supervisión y administración del contrato."*[30].

- De las políticas más importantes para la ejecución exitosa de un contrato es el tema de la **"Garantía de Cumplimiento",** la cual protege al prestatario en caso de incumplimiento del contrato por el contratista. Esta garantía debe constituirse en la forma y el monto adecuados según lo especifiquen los documentos de licitación. La forma de la garantía de cumplimiento deberá estar de acuerdo con los documentos estándar de licitación y deberá ser emitida por un Banco de reconocido prestigio o una institución financiera seleccionada por el oferente.

- En los contratos se deben incluir disposiciones para la liquidación de daños y perjuicios, el Banco cree necesaria la aplicación de esta política por dos aspectos importantes los cuales son:
    - Imponer estas cláusulas por seguridad en cuanto a asegurar con montos adecuados cuando las demoras en la terminación de las obras, o el funcionamiento indebido de los bienes u obras redunden en mayores costos, en pérdidas de ingresos o en pérdidas de otros beneficios para el Prestatario; Y,

[29] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, Consideraciones Generales, Pág. 17
[30] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, Consideraciones Generales, Pág. 18

- También se pueden incluir cláusulas que dispongan el pago de una prima al contratista o proveedor que termine las obras o entregue los bienes antes de las fechas especificadas en el contrato, cuando tal terminación o entrega anticipada resulte beneficiosa para el prestatario.

- Por causas de Fuerza mayor también se debe estipular en el contrato que la falta de cumplimiento por una de las partes de sus obligaciones contractuales no se debe considerar como incumplimiento si esa falta se debe a un caso de fuerza mayor, según éste se haya definido en las condiciones del contrato.

- En las condiciones del contrato deben incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para la solución de controversias. El banco recomienda a sus prestatarios "ojo" "recomienda", al arbitraje comercial internacional mencionando que el mismo puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias.

Además de las políticas ya mencionadas las cuales vimos son plenamente aplicables a la contratación pública sin contravenir el ordenamiento jurídico, ya que no distan de nuestras políticas internas y normativa jurídica, existen 3 apéndices o anexos adicionales que el banco ha considerado importante incorporarlas puesto que tratan temas como:

- Apéndice 1: Revisión por el Banco de las Decisiones en Materia de Adquisiciones Programación de las Adquisiciones.
- Apéndice 2: Preferencias Domésticas Preferencia para Bienes de Fabricación Nacional.
- Apéndice 3: Guía para los Oferentes.

Nos llama la atención el contenido del Apéndice 2 por su contenido mencionando a la "Preferencia para Bienes de Fabricación Nacional".

Este es un componente crítico de los documentos de licitación. Las políticas del BID en cuanto a preferencia de adquisición para bienes nacionales deben estar incluidas y se deben indicar claramente por parte del prestatario,

cualquier preferencia que haya de otorgarse a los bienes nacionales y la información exigida para determinar que una oferta cumple los requisitos necesarios para obtener dicha preferencia. Justamente mencionamos que es un aspecto crítico y recae en última instancia atendiendo a la voluntad de las partes ya que nuestra Constitución Política, menciona este tema en su artículo 288. [31]

> "Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. ***Se priorizarán los productos y servicios nacionales***, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas." **(Lo resaltado es de la redactora).**

De acuerdo a las políticas del BID, si el prestatario requiere de bienes fabricados exclusivamente en su país de origen, este puede aceptar este requerimiento siempre que el oferente demuestre a satisfacción del prestatario y del Banco que:

> 1.- La mano de obra, las materias primas y los componentes provenientes del país del Prestatario representarán más del 30% del precio del producto ofrecido; y
> 2.- La fábrica en que se producirán o armarán tales bienes ha estado produciendo o armando productos de ese tipo por lo menos desde que el oferente presentó su oferta. [32]

En este aspecto no se llega a una concordancia o aplicabilidad total con respecto a nuestra Ley y las reglas del Banco. Las disposiciones en este sentido son determinantes, si es que se contrata bajo modalidad de Licitación Pública, el prestatario podrá, *únicamente* con la aprobación del Banco, conceder un margen de preferencia para las ofertas que contengan ciertos bienes fabricados en el país del prestatario. Y eso sí, siempre que se

[31] Constitución Política de la República. Art. 288. Codificación 2008.
[32] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, Apéndice 2, Preferencia para Bienes de Fabricación Nacional. Pág 34.

cumpla con algunos criterios que el Banco ha dispuesto para que se apruebe la utilización preferencial de materia prima nacional.

1.1.6.- Estrategia país BID con Ecuador

Ecuador está inmerso en un profundo proceso de cambio del modelo de desarrollo no solo político sino también jurídico, cuyas líneas directrices quedaron plasmadas en la Constitución adoptada en 2008 y en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 que el actual modelo de Estado ha implementado.

Dicho modelo se basa en el fortalecimiento del rol del Estado como agente dinamizador de la economía y como proveedor de bienes y servicios públicos, principalmente infraestructura, salud y educación. Este modelo ha sido ejecutado con recursos provenientes de una gestión tributaria fortalecida, de ingresos petroleros, ahorro interno y de créditos externos multilaterales principalmente del BID.[33]

Al igual que en Ecuador, el Banco también busca establecer una estrategia interna de fortalecimiento institucional que se alinee a los objetivos del país miembro, para así determinar cuáles son las áreas estratégicas que necesitan financiamiento y qué tipo de financiamiento calzaría para cada necesidad.

Cada tres o cuatro años el BID también planifica estudios a nivel regional para definir las áreas de ayuda que va prestar a los países que solicitan financiamiento. Con este análisis el Banco desarrolla una "estrategia" que quiere decir desarrollar, programar, definir e identificar las fortalezas y necesidades económicas y sociales de cada país, para orientarlas a solucionar de manera sostenida y en conjunto.

La estrategia que el BID ha planificado con Ecuador, se ha recogido en su último documento llamado "Estrategia de País del BID 2012- 2017" [34] de Septiembre de 2012, este acuerdo se ve enfocado a cuatro aspectos principales:

[33] Documento del Banco Interamericano de Desarrollo Ecuador Estrategia de País del BID 2012- 2017 Septiembre de 2012. Pág. 24.

[34] El saldo total invertido por el BID durante la última Estrategia de País 2008-2011, fue por un monto de US$1,495 millones en préstamos Con Garantía Soberana (CGS). La cartera activa de préstamos CGS al 30 de abril de 2012 comprendía 23 operaciones por un monto de US$1,921 millones, distribuidas principalmente en los sectores de energía (8.5%), transporte (18.2%), educación y salud (21.9%), acceso a financiamiento (2.6%), gestión fiscal

- Contexto país (Situación actual del país: social, económica, etc)
- Estrategia del Banco en el país del 2012 al 2017
- Marco de financiamiento
- Riesgos

Dentro de contexto país el Banco ha resaltado la recuperación económica que Ecuador tuvo tras la recesión sufrida en 2009, periodo durante el cual las autoridades han hecho énfasis en el cambio del modelo de desarrollo del país.

Menciona que se ha fortalecido el rol del **Estado** como **agente dinamizador** de la economía y **como proveedor de bienes y servicios públicos. (Lo resaltado es de la autora).** Lo cual ha afianzado la idea de cooperación multilateral, ya que el Banco se alinea con estos objetivos que se propuso desde 2012 con el Ecuador, apoyando al eje financiero en las áreas de:

(i) Desarrollo de infraestructura productiva (petróleo, energía y transporte);
(ii) Desarrollo productivo y acceso a financiamiento e
(iii) Inclusión económica y social.

Esta matriz [35]dinámica que el Banco nos provee, detalla los principales proyectos de obra pública que el BID ha patrocinado en los últimos años. Estas operaciones con sus actividades particulares están diseñadas para contribuir y mejorar especialmente las condiciones de transporte de electricidad de los proyectos hidroeléctricos que se han puesto en construcción, mejorar la calidad y seguridad del servicio de energía eléctrica a nivel nacional; y también contribuir al desarrollo de la estrategia nacional. En cuanto infraestructura, se ha invertido en la creación del Aeropuerto Internacional de Quito, rehabilitación vial, Hidroeléctrica Baba, y por supuesto programas sociales como destinar fondos para emergencia por catástrofes naturales, etc.

[35] Fuente: SENPLADES Transformación de la Matriz Productiva proyectos financiados por el BID 2008- 2012

MATRIZ DE LA ESTRATEGIA DEL BANCO

ESTRATEGIA DEL GOBIERNO (PND) EN LAS ÁREAS DE APOYO DEL BANCO	INDICADORES DE RESULTADO DEL PND EN LAS ÁREAS DE APOYO DEL BANCO	ACTIVIDADES DE APOYO DEL BANCO*	
		EJECUCION	PROGRAMADAS/IDENTIFICADAS
INFRAESTRUCTURA PRODUCTIVA			
• Desarrollar un sistema eléctrico sostenible, sustentado en el aprovechamiento de los recursos renovables de energía disponible, que garantice un suministro económico, confiable y de calidad; • Modernizar el sistema estatal de exploración, extracción, refinación y comercialización de petróleo así como expandir su capacidad y mejorar su eficiencia, (iii) • Mantener y expandir el sistema de transporte terrestre, puertos y aeropuertos para apoyar la producción local, el comercio interno y externo, la integración nacional, y la productividad y competitividad.	Aumentar la producción petrolera a 336.000 bd en 2012 Aumentar capacidad de generación de electricidad en 2911 megavatios (MW) al 2012 (3998 MW en 2006). Reducir porcentaje de población sin cobertura de vías estatales.	**Préstamos** ⇨ Aeropuerto Internacional Quito (P) ⇨ Proyecto Hidroeléctrico Baba (P) **Cooperaciones Técnicas (CT)** ⇨ Factibilidad Red Transmisión Electrica. ⇨ Apoyo al Programa Multianual de Inversiones de PETROECUADOR.	**Préstamos** ⇨ Apoyo al Programa Multianual de Inversiones de Petroecuador I. ⇨ Programa de Emergencia Vial en Respuesta a Daños Causador por las inundaciones. ⇨ Rehabilitación de Infraestructura Vial. ⇨ Proyecto Hidroeléctrico Coca-codo Sinclair. **CT** ⇨ Mejoramiento de la Gestión Ambiental en Sector Hidrocarburos. ⇨ Análisis de Alternativas a la Explotación Petrolera del ITT. ⇨ Apoyo al Programa de Inversión en el Sector Transporte.
DESARROLLO PRODUCTIVO Y ACCESO A FINANCIAMIENTO			
• Modernizar los servicios públicos impulsores de la productividad y competitividad sistémica • Apoyar a fortalecer la economía social, solidaria y comunitaria con programas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas, facilitando el acceso a crédito (microfinanzas), asistencia técnica y promoviendo redes de comercio justo;	Mejorar índice de competitividad territorial y sectorial	**Préstamos** ⇨ Rehabilitación del Centro Histórico de Quito, Segunda Etapa. ⇨ Proyecto de Manejo de Recursos Costeros - Etapa II. ⇨ Regularización y Administración de Tierras Rurales.	**Préstamos** ⇨ Guayaquil: Programa Renovación Urbana ⇨ Programático Mejoramiento de la Competitividad II.

Fuente: SENPLADES * **Fuente: Transformación de la Matriz Productiva "Plan Nacional de Desarrollo Ecuador" proyectos financiados por el BID 2008- 2012.**

En la primera sección se encuentra la estrategia estatal ecuatoriana versus las actividades que el Banco ha ido apoyando en este periodo de tiempo. El Plan estatal fue elaborado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) en su condición de Secretaría Técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, conforme el Decreto Ejecutivo 1577 y presentado por el Presidente de la República mediante Resolución No. CNP-002-2013, el 24 de junio de 2013.

El artículo 280 de la Constitución de la República del Ecuador define al Plan Nacional de Desarrollo como el instrumento al que se sujetarán las políticas, ***programas y proyectos públicos***; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.

> "Art. 280.- EI Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos

autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores."

Uno de los parámetros importantes y necesarios para acceder a financiamiento por parte del Banco para ejecución de obra pública, será la tarea de determinar si los objetivos de la obra que se quiere ejecutar, cumplen o están a la par de la "Estrategia País" que el BID propone cada cierto periodo de tiempo a sus prestatarios.

Así mismo, como parte de la preparación de un proyecto, el prestatario debe someter al Banco para su aprobación, y, antes de las negociaciones del préstamo, un Plan de Adquisiciones aceptable que detalle lo siguiente: [36]

(a) los contratos particulares para bienes, ejecución de obras y/o servicios requeridos para llevar a cabo el proyecto durante el período inicial de por lo menos 18 meses; y,
(b) los métodos propuestos para las contrataciones que estén previstas en el Contrato de Préstamo.

Como resultado la estrategia para el período 2012-2017 que el Banco se ha propuesto ejecutar en conjunto con el Ecuador, se ha concentrado en los siguientes sectores:

- Protección del medio ambiente
- Fortalecimiento público institucional
- Reducción de la brecha digital.
- Provisión de bienes públicos regionales.

Es importante recalcar que las obras que la Entidad contratante requiera que se financie con fondos del BID deben estar establecidas en el **Plan Anual de Contratación PAC.** Es decir, previo a la contratación de bienes, servicios, obras o consultorías las Entidades del Estado deben ubicar, cada uno de los requerimientos en el PAC; caso contrario no podrán realizar la adquisición de dichos productos. Las metas y objetivos de cada Institución

[36] Documento del Banco Interamericano de Desarrollo Ecuador. Estrategia de País del BID 2012- 2017. Septiembre de 2012. Pág. 28.

deben estar alineados al Plan Nacional de Desarrollo y al Presupuesto establecido por el Estado de acuerdo al Art. 22 de la LOSNCP.

> "Art. 22.- Plan Anual de Contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

De acuerdo al Art. 23 de la LOSNCP:

"Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la Entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al **Plan Anual de Contratación de la entidad**..." **(Lo resaltado es de la autora)**.

Es decir que, además de la obligación de ubicar los requerimientos en el PAC, la Entidad está en la obligación de realizar estudios técnicos y económicos que permitan realizar la contratación de un producto de calidad y costo adecuado.

Por otro lado el Art. 27 del Reglamento a la LOSNCP menciona que:

> "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LOSNCP, para iniciar un proceso de contratación se requiere certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contrataciones que constan en el PAC....";

Lo que quiere decir que además de ubicar los requerimientos en el PAC y realizar un estudio para cada adquisición, es responsabilidad directa de la Entidad, certificar la disponibilidad de fondos que permitan cubrir el costo de los productos publicados en el PAC. La planificación anual debe ser realizada por toda entidad contratante para la adquisición de bienes, servicios, obras y consultoría necesarias para desarrollar sus actividades y cumplir sus metas.

Actualmente Ecuador presenta sistemas sólidos de contratación pública, administración financiera y de control, que permiten que el Banco descanse la supervisión de sus operaciones y se apoye en este tipo de herramientas como el PAC ya que el mismo es un instrumento de control y de gestión, indispensable para que la institución o Entidad contratante determine a detalle la información del proyecto a financiar como:

1. Objeto de la contratación.
2. La descripción de los bienes, servicios, u obras a contratar.
3. El valor estimado de la contratación.
4. El tipo de proceso que corresponde al objeto y su valor estimado, así como la modalidad de selección.
5. La fuente de financiamiento.

En este sentido, y durante el período de ejecución de la obra si fuere el caso, parte de la estrategia del Banco en materia de Contratación Pública, es profundizar el uso de este tipo de sistemas de planificación para contribuir a la eficiencia del gasto público y disminución de costos de transacción.

En materia de adquisiciones, el Banco prevé, que en la medida de que se implemente un adecuado uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en cada proyecto financiado con sus fondos, se elimine a largo plazo la revisión ex-post de adquisiciones por auditores externos o consultores del Banco; Ya que al utilizar herramientas como el PAC, se pretende apoyar el mejoramiento continuo del sistema de este tipo contrataciones públicas.[37]

1.1.7.- Contrataciones No Elegibles para Financiamiento del BID.[38]

Cuando mencionamos contrataciones no elegibles para financiamiento del BID, nos referimos a las normas que el Banco ha establecido para limitar a aquellos proyectos no aptos para acceder a financiamiento, es decir, que el Banco no financia gastos por concepto de bienes y obras cuya adquisición o contratación no se haya hecho de conformidad con

[37] Documento del Banco Interamericano de Desarrollo Ecuador. Estrategia de País del BID 2012- 2017. Septiembre de 2012. Pág. 36.
[38] Políticas BID 1.12. Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 Marzo 2011. Pág. 4.

los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo y conforme haya sido detallada en el Plan de Adquisiciones.

En general se establece dentro de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras, que los fondos provenientes de préstamos del Banco pueden ser usados sólo para el pago de servicios realizados por individuos o firmas de países miembros del Banco. El Banco tiene reglas estrictas en cuanto al uso de los fondos de sus préstamos. Estos sólo pueden desembolsarse a cuenta de gastos por concepto de bienes, obras o servicios elegibles que cumplan, entre otras, con las reglas sobre nacionalidad de proveedores y origen de bienes.

Podemos decir entonces que ser miembro calificado como prestatario y estar incluido en la lista de países elegibles del Banco es indispensable para acceder a una contratación financiada por el BID. En general, cualquier otro país que no conste como prestatario calificado en la lista de prestatarios elegibles no será considerado para financiamiento. Los individuos de países no miembros del Banco no serán elegibles para participar en contratos financiados en todo o en parte con fondos del Banco.

Por ejemplo cuando el Banco emite pagos por concepto de préstamos, dichos pagos se ajustarán en todos sus aspectos a las condiciones que se establecieron en Contrato de Préstamo. El Banco exige a todos los involucrados con el prestatario, ya sea el o los solicitantes, oferentes, proveedores de bienes y sus representantes, contratistas, miembros del personal, subcontratistas, proveedores de servicios y sus representantes, etc. permitan al Banco revisar cuentas, registros y otros documentos relacionados con la presentación de propuestas y con el cumplimiento del contrato, es decir, someterlos a una auditoría por auditores designados por el Banco, para constatar si no hay incongruencia entre lo acordado y lo ejecutado por el Banco y por el prestatario en un inicio.

El Banco tampoco financia gastos por concepto de bienes y obras cuya adquisición o contratación no se haya hecho de conformidad con los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo, y adicionalmente, menciona que no serán prestatarios calificados, los que **no hayan elaborado el Plan de Contrataciones** de manera detallada. Así se menciona en la política 1.17 del documento GN-2349-9, de la siguiente forma: **(Lo resaltado es de la autora)**

El Banco puede declarar una contratación no elegible para financiamiento del Banco si concluye que la "no objeción" fue emitida sobre la base de información incompleta, inexacta, o engañosa proporcionada por el Prestatario o si los términos y condiciones del contrato han sido modificados sin la aprobación del Banco dentro del Plan de Adquisiciones.

Si se comprueba que, de conformidad con los procedimientos administrativos del Banco, cualquier firma, entidad o persona actuando como oferente o participando en un proyecto financiado por el Banco incluyendo, entre otros, prestatarios, oferentes, proveedores, contratistas, etc. ha cometido un acto de fraude o corrupción, tampoco serán elegibles para contratación de un crédito con el Banco.

En definitiva los fondos de financiamiento sólo pueden ser usados para el pago de obras, bienes y servicios contratados con firmas o individuos de países miembros del Banco.

Por ejemplo cuando exista evidencia de que el prestatario, o beneficiario de un crédito, no ha tomado las medidas correctivas adecuadas ante una práctica denominada por el Banco como prohibida (lo que incluye, entre otras cosas, la demora en la notificación adecuada al Banco tras tener conocimiento de la comisión de la práctica prohibida) en un plazo que el Banco considere razonable, se considerará que ese prestatario ya no cumple con los requerimientos de observar los más altos niveles de éticos. En tales casos, el Banco puede declarar la contratación no elegible para financiamiento, y es política del Banco también la cancelación de la porción del préstamo asignada a bienes y obras que se hayan adquirido o contratado sin observar dichos procedimientos.

No se puede saber con exactitud si en Ecuador existieron proyectos cancelados o no calificados para financiamiento desde los inicios de los años 90´s que es en donde aparece con fuerza el financiamiento del BID en nuestro país. Las estadísticas publicadas en el portal del Banco, en cuanto a préstamos elegibles demuestra que ninguno de ellos ha sido cancelado desde el año 2012, ni se han paralizado el destino de los préstamos en su totalidad o en parte.

1.1.8.- Fraude Legal y Corrupción de acuerdo a normativa BID

Todos los países del mundo, incluidos los de América Latina y el Caribe, continúan evolucionando en términos sociales, democráticos y económicos. Algunos han alcanzado niveles internacionales en varias áreas; para otros, el sendero del progreso ha resultado mucho más difícil y prolongado. En todas las regiones, algunos países han tenido, en distintos grados, la necesidad de intentar superar un problema endémico y particularmente preocupante: la tolerancia del favoritismo, los sobornos de menor cuantía y el pago habitual de comisiones clandestinas en las transacciones comerciales y gubernamentales.

Si bien estos hechos, tomados individualmente, quizás no revistan mayor gravedad en sí mismos, sus características han pasado a formar parte de la cultura local de muchos países de la región. En los últimos decenios, esta situación se ha acentuado en algunos países hasta alcanzar niveles de soborno sistemático y extorsión a gran escala, generando como subproducto un poder económico y político que tiende a concentrarse en unas cuantas personas u organizaciones, en detrimento del resto de la sociedad en general.

Este tipo de fraude y corrupción repercute negativamente sobre todos los intereses nacionales y en algunas instancias, desde el punto de vista del desarrollo económico, esa repercusión asume dimensiones trágicas. Una nación no puede concebir y mantener programas eficaces que inciden en los ámbitos de transporte, educación, agricultura, salud, energía y otras áreas de interés público si los fondos que destina para tales fines se malversan para beneficio personal de contratistas y funcionarios de gobierno.

Y si estos recursos provienen de bancos multilaterales e internacionales de desarrollo, ya sea directa o indirectamente, estas instituciones también acusan una pérdida: una vez desviados, los fondos dejan de estar disponibles para su cometido inicial; son fondos que se pierden de los recursos a disposición de los países miembros para otros proyectos valiosos; y una consecuencia quizás más importante aún en el largo plazo, es que la reputación de la institución queda en tela de juicio.

En el caso del BID, toda desviación de fondos hacia fines distintos de los previstos es contraria al Convenio Constitutivo del Banco.

Los organismos multilaterales de crédito, y en especial el BID, exige a todos sus prestatarios observar los más altos niveles éticos y de trasparencia, y a su vez, se exige al beneficiario del crédito denunciar al Banco todo acto sospechoso de fraude o corrupción del cual se tenga conocimiento durante el proceso de selección, las negociaciones y la ejecución de un contrato.

Así mismo, el BID determina que los actos de fraude y corrupción están prohibidos, y los enumera taxativamente dentro de su documento formal "Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID" GN-2349-9, estos actos son:

- Práctica corruptiva;
- Práctica fraudulenta;
- Práctica coercitiva; y
- Práctica colusoria.

El mismo documento GN-2349-9 define las referidas prácticas de la siguiente manera:

- Práctica corruptiva o fraudulenta, consiste en, ofrecer, dar, recibir, o solicitar, directa o indirectamente, cualquier cosa de valor para influenciar las acciones de otra parte; Así mismo, una práctica fraudulenta es cualquier acto u omisión, incluyendo la tergiversación de hechos y circunstancias, que engañen, o intenten engañar, a alguna parte para obtener un beneficio financiero o de otra naturaleza o para evadir una obligación.

- *Práctica colusoria* es un acuerdo entre dos o más partes realizado con la intención de alcanzar un propósito inapropiado, incluyendo influenciar en forma inapropiada las acciones de otra parte.

- *Práctica coercitiva* consiste en perjudicar o causar daño, o amenazar con perjudicar o causar daño, directa o indirectamente, a cualquier parte o a sus bienes para influenciar las acciones de una parte.

Si se comprueba que cualquier entidad o persona actuando como oferente o participando en un proyecto financiado por el Banco ha cometido un acto de fraude o corrupción, el

Banco tiene la potestad de no financiar ninguna propuesta de adjudicación de un contrato o de un contrato adjudicado para la adquisición de bienes o la contratación de obras financiadas por el Banco, y así mismo suspender los desembolsos de la operación, si se determina, en cualquier etapa, que existe evidencia suficiente para comprobar el hallazgo de que un empleado, agencia o representante del Prestatario, el Organismo Ejecutor o el Organismo Contratante ha cometido un acto de fraude o corrupción.

El cancelar y/o acelerar el pago de una parte del contrato, cuando exista evidencia de que el prestatario, no ha tomado las medidas correctivas adecuadas en un plazo que el Banco considere razonable y de conformidad con las garantías del debido proceso establecidas en la legislación del país Prestatario.

Adicionalmente, el Banco puede tomar medidas más específicas o sanciones que pueden ser puestas de manera adicional, al remitir el tema a las autoridades pertinentes encargadas de hacer cumplir las leyes del país del prestatario, o imponer otras sanciones que considere apropiadas bajo las circunstancias del caso, incluyendo la imposición de multas que representen para el Banco un reembolso de los costos vinculados con las investigaciones y actuaciones.

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, para verificación y seguridad del BID, este, tiene el derecho a exigir que en los contratos financiados por un préstamo del Banco, se incluya una disposición que exija que los oferentes, proveedores, contratistas, consultores y concesionarios permitan al Banco revisar sus cuentas y registros relacionados con la presentación de propuestas y con el cumplimiento del contrato y someterlos a una auditoría de los puntos que la entidad financiera considere necesario, para así asegurar que se esté cumpliendo que el destino de sus préstamos sean utilizados de manera adecuada.

Con el acuerdo específico del Banco, el prestatario podrá incluir en los formularios de licitación para contratos de gran cuantía, financiados por el Banco, la declaratoria jurada del oferente de observar las leyes del país contra fraude y corrupción (incluyendo sobornos), cuando compita o ejecute un contrato, conforme éstas hayan sido incluidas en los documentos de licitación, finalmente el Banco aceptará la introducción de tal declaratoria a petición del país del prestatario, siempre que los acuerdos que rijan esa declaratoria sean satisfactorios el mismo.

Dentro de nuestra legislación la LOSNCP incorporó reglas claras para adjudicar los contratos y establecer responsabilidades de los entes contratantes y de todos quienes intervienen en los procesos pre-contractuales y de contratación. Con ello se implantó en 2008 un registro único de proveedores RUP, que incluye un proceso de real control en la ejecución de los contratos, y que impone claras y fuertes sanciones para los infractores.

Se define de la siguiente manera Art. 16.- y 17.- de la LOSNCP:

> Art. 16.- Registro Único de Proveedores.- Créase el Registro Único de Proveedores (RUP), como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública.
>
> El RUP será dinámico, incluirá las categorizaciones dispuestas por el Instituto Nacional de Contratación Pública y se mantendrá actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real.
>
> Art. 17.- Publicidad de la Información.- La información del RUP será pública y estará disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS. Las Entidades Contratantes no podrán llevar registros adicionales ni exigir a sus oferentes o proveedores la presentación de los documentos ya solicitados para la obtención del RUP.
>
> **Los proveedores serán responsables de la veracidad, exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP** y deberán informar al Instituto Nacional de Contratación Pública sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señale el Reglamento.[39] **(Lo subrayado es de la autora).**

[39] Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, CAPITULO III De las Herramientas del Sistema SECCION I Del Registro Único de Proveedores. Art. 16 y Art 17.

Con su aplicación se otorga a las autoridades y a los ciudadanos parámetros e indicadores sobre la calidad de gasto y la calidad de gestión de los representantes legales de entes públicos. Esto significa que una ciudadanía consciente y participativa hará que se estructure de mejor manera la rendición de cuentas de los funcionarios públicos así como también de la veracidad y fidelidad de la información que proviene de los oferentes, proveedores, contratistas, etc., la cual se verá complementada con un efectivo y ágil control posterior por parte de la Procuraduría y la Contraloría.

Menciona así en la sección "Disposiciones Generales" de la LOSNCP[40]:

> Octava.- Acción Pública.- Se concede acción pública para denunciar cuando se detectare o tuviere conocimiento de actos de corrupción tanto por parte de la entidad contratante como del contratista, a través de la Contraloría General del Estado u otras instituciones de control y la sociedad civil, los que serán sancionados de acuerdo a los procedimientos administrativos, civiles o penales de comprobarse su responsabilidad.

Tanto para la Administración como para el BID los casos de corrupción deben denunciarse. Se insta a cualquier persona que tenga conocimiento de un acto de fraude o corrupción en cualquier actividad financiada por el Banco a notificarlo al Grupo del BID. En el caso del BID, en relación con la investigación de las denuncias de fraude y corrupción en cualquier actividad del Banco, la responsabilidad la tiene la oficina de Auditoría General (y posteriormente fue encomendada a la Oficia de Integridad Institucional), con el apoyo principalmente del Departamento Legal y de auditores externos independientes.

Existe la posibilidad de denunciar irregularidades en el proceso de Contratación Pública dentro del marco de legal de la Administración ecuatoriana, que prevé en el Art. 108.- de LOSNCP

[40] Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disposiciones Generales, Octava, de la Acción Pública.

"Art. 108.- Cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública tuviere conocimiento del cometimiento de una o más infracciones previstas en este título, de oficio o a petición de parte, notificará al proveedor correspondiente para que en el término de diez días, justifique los hechos producidos y adjunte la documentación probatoria que considere pertinente. Vencido el término previsto, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP resolverá lo que corresponda en el término de diez días, mediante resolución motivada que será notificada a través del portal institucional."

En materia de identificación y formulación de proyectos, el Banco reforzó el énfasis en los controles preventivos que se aplican en las etapas iniciales del proceso, perfeccionó sus medidas de análisis de riesgo y fortaleció su capacidad para el análisis institucional de los entes públicos responsables de la ejecución de los proyectos, en especial en el área de adquisiciones públicas y gestión financiera.

CAPITULO II

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

2.1.- Historia y Antecedentes del BID en Ecuador

De acuerdo a la clasificación que hace el tratadista Rafael Calduch Cervera [41]en su libro "Teoría general de la Organización Internacional - Antecedentes históricos y doctrinales de las organizaciones internacionales", los organismos multilaterales de crédito pueden *ser financieros o no financieros*. Dentro de los *Organismos Internacionales No Financieros* se engloban tres tipos de instituciones con objetivos y naturaleza diversa: agencias especializadas, fondos y programas, e instituciones orientadas a la ayuda humanitaria. Las agencias especializadas tienen como objetivo prestar asistencia técnica a los países en vías de desarrollo en campos temáticos definidos y se financian con las aportaciones de sus países miembros y con aportaciones voluntarias que éstos hagan para financiar las acciones específicas o los programas convenidos.

[41] Calduch, R.- Relaciones Internacionales.- Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid,1991. Pág. 16,17.

Por otra parte tenemos a los *Organismos Internacionales Financieros* (instituciones financieras multilaterales), que se subdividen a su vez en tres tipos de instancias: los bancos de desarrollo, los fondos especiales de desarrollo y las instituciones dedicadas al desarrollo del sector privado.

El autor Calduch menciona que estas instituciones están vinculadas, y tienen objetivos, formas de financiación y modos de funcionamiento diferentes. Por una parte, los bancos de desarrollo tienen por misión por su parte proporcionar capitales a los países prestatarios que los conforman, con objeto de que puedan aportar para proyectos de desarrollo por sectores. Por lo tanto, estos organismos operan concediendo préstamos que financian en el mercado de capitales.

Por otra parte, los fondos especiales actúan a través de donaciones, dirigidos a los países más pobres. Se financian principalmente con cargo a las dotaciones aportadas por los países donantes, denominadas reposiciones, normalmente en períodos de tres años, así como de una parte de los beneficios que obtienen los bancos de desarrollo.

A decir de la opinión de Miguel Taborga Fernando Lucano, [42]experto en tipología de Instituciones Financieras en América Latina y el Caribe, a lo largo de los últimos años, el peso de los organismos multilaterales de desarrollo ha crecido de forma significativa. Estos constituyen un componente básico del sistema de cooperación al desarrollo, ya que muchos de los retos a corto y mediano plazo que se plantea la comunidad internacional serían difícilmente realizables sin su participación.

Analistas internacionales como Miguel Taborga, menciona que los organismos de cooperación como el BID, han proporcionado relevante normativa válida para el conjunto de la comunidad internacional, han favorecido el diálogo internacional y los procesos de consulta e interlocución para la resolución de conflictos, han aportado su capacidad de movilización de recursos económicos muy superior a la de cualquier donante particular y han desplegado una decisiva labor de coordinación de los donantes ya que los préstamos del Banco y sus donaciones son de los países miembros los cuales financian al Banco a partir de cuatro fuentes: suscripciones y contribuciones de los países miembros, empréstitos de los mercados financieros y capital acumulado desde los inicios del Banco, y cofinanciamiento conjunto.

Ya en lo referente a la historia misma del Banco, el mismo se creó hace casi medio siglo mediante un acuerdo entre las naciones del Continente americano, con el propósito expreso de contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico y social, individual y colectivo, de los países miembros. Para cumplir su objetivo, se encomendó al Banco promover la inversión de capitales públicos y privados para el desarrollo de sus

[42] Miguel Taborga Fernando Lucano, Tipología de Instituciones Financieras para la Microempresa en América Latina y el Caribe, Washington, DC 2013. Pág. 62.

miembros, utilizando para ello su propio capital y los fondos que pudiera obtener en los mercados financieros, y fomentando la inversión privada directa.[43]

El BID funciona básicamente como una cooperativa. Es una institución única, en el sentido de que refleja la cultura y el patrimonio de la región a la que presta sus servicios, y se considera en forma generalizada que ha dado muestras de ser un organismo progresista y eficaz.

Desde su fundación, el Banco Interamericano de Desarrollo está empeñado en hallar soluciones innovadoras y eficaces a los desafíos del desarrollo económico, social, institucional y ambiental de América Latina y el Caribe. A lo largo de más de 50 años este organismo, ha aprobado préstamos por más de US$230.000 millones para proyectos con énfasis en la reducción de la pobreza, en sectores como infraestructura, energía, agua y saneamiento, educación y salud, entre otros.

El Grupo BID está compuesto por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), pero a diferencia de otros organismos, este Banco es la mayor fuente de financiamiento multilateral para el desarrollo de América Latina y el Caribe. De sus 48 países miembros, 26 son países prestatarios de América Latina y el Caribe. En este conjunto, los países prestatarios son dueños de la mayoría de las acciones y derechos de voto. La forma de financiamiento para este organismo es mediante su Capital Ordinario (CO). [44]

La máxima autoridad del BID es su *Asamblea de Gobernadores*, formada por representantes de los 48 países miembros. Los gobernadores son, en su mayoría, ministros de finanzas o presidentes de bancos centrales. Una vez al año celebran una reunión para tomar decisiones sobre las políticas del Banco. La supervisión de las actividades del BID está a cargo de su Directorio Ejecutivo, compuesto por 14 representantes de los países miembros, sus directores aprueban las estrategias para países y sectores, las políticas operativas y los préstamos, y también fijan las tasas de interés y comisiones, además autorizan empréstitos y aprueban los presupuestos de la institución.

El BID define como objetivos principales a dos aspectos:

- Promover la equidad social y reducir así la pobreza.
- Lograr un crecimiento económico ambientalmente sostenible. Para ellos trabaja en tres áreas prioritarias:

[43] Fuente: Historia del Banco Interamericano de Desarrollo Web www.iadb.org.
[44] Fuente: Historia del Banco Interamericano de Desarrollo Web www.iadb.org.

a) Competitividad y modernización del Estado, mediante el respaldo a políticas y programas que incrementan el potencial de cada país en cuanto a desarrollo, económico, vial y de infraestructura.

b) Programas sociales.

c) Integración regional, facilitando vínculos entre países que desarrollen mercados regionales de bienes y servicios.

En Ecuador la presencia del BID se remonta al primer "Plan-País" propuesto por el Banco, expedido en 1993, para orientación de políticas y condicionamientos de créditos para Ecuador. [45].

El 8 de diciembre de 1994 se suscribe con el BID tres créditos. [46]
Estos 3 préstamos del BID son:

- 831-OC-EC Desarrollo Agrícola, por US$ 80 millones
- 833-OC-EC Programa Sectorial Financiero, por US$ 100 millones
- 842-OC-EC Reforma y Apoyo al Sector Público, por US$ 80 millones

El 10 de febrero de 1995 el BID se suma a un acuerdo con Ecuador para concretar la adopción del Plan Brady, mediante la concesión del crédito 850-OC-EC por US$ 80 millones a fin de contribuir a la adquisición de Bonos Cupón 0 del Tesoro de los Estados Unidos en condición de colaterales.

De acuerdo al dato histórico de participación del BID en Ecuador, el número de préstamos concedidos históricamente asciende a 880 y en los últimos cinco años suman 152. En la actualidad los préstamos realizados por el BID hasta el año 2014 a nuestro país, ascendieron a 6810 millones de dólares[47], lo que representa un aumento de casi un 50% respecto al volumen de 2012 y 2013, y afianza la posición de la entidad por décimo año consecutivo como la fuente de financiación más importante para el nuestro país. [48]

[45] Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público. Adscrita al Ministerio de Finanzas. Creada el 9 de julio de 2007. Decreto Ejecutivo 472. Documento Informe Final Resumen Ejecutivo Ecuador 2008. Pág. 73

[46] Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público. Adscrita al Ministerio de Finanzas. Creada el 9 de julio de 2007. Decreto Ejecutivo 472. Documento Informe Final Resumen Ejecutivo Ecuador 2008. Pág. 73

[47] Fuente Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo. Estadísticas por Proyecto. Proyectos por país. http://indes.iadb.org

[48] Fuente Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo Sección Estrategia País ' Ecuador'

2.1.1.- Tipología de proyectos que financia el BID.

Los préstamos del Banco y sus donaciones a los países miembros se financian a partir de cuatro fuentes:

1. Suscripciones de los países miembros
2. Contribuciones de los países miembros,
3. Empréstitos de los mercados financieros y:
4. Capital acumulado.

Estos recursos están disponibles a los prestatarios a través del Capital Ordinario (CO), el Fondo para Operaciones Especiales (FOE), el Fondo de Donaciones del BID, la Facilidad de Financiamiento Intermedio, y varios Fondos de administración como el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). [49]

Sin embargo, la mayoría de los proyectos y los programas de cooperación técnica del BID se financian a través de préstamos, ya sea a precios de mercado o mediante el uso de recursos en condiciones favorables a los países miembros.

Citamos entonces a continuación cuáles son los tipos de préstamos que otorga el BID de acuerdo a sus políticas de financiamiento.[50]

Son *Préstamos de Garantía Soberana*, [51] aquellos que el BID ofrece financiamiento a los gobiernos y a las instituciones controladas por el Gobierno, para apoyar el desarrollo y proyectos sociales. Su modalidad determina que una vez que el Directorio Ejecutivo del Banco aprueba el proyecto, el contrato de préstamo puede ser firmado por el país miembro. Y, posterior a la firma del contrato de préstamo se puede comenzar con la implementación y la ejecución de los proyectos en el sector público. En este tipo de préstamos también se incluye la supervisión y actividades de vigilancia de los desembolsos, la gestión financiera, los procedimientos de contratación, y la gestión de riesgos. Una vez que el proyecto ha

[49] Fuente: Triptico BID - Ciclo de proyectos - Inter-American Development Bank. Sección III. Año. 2012.
[50] Fuente: Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo – Sección Formas Financiamiento del BID. Web www.iadb.org.
[51] Fuente: Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo – Sección Formas Financiamiento del BID. Web www.iadb.org.

sido ejecutado, se realizan evaluaciones para medir el desarrollo de los resultados del mismo, todas estas actividades de supervisión y control las realiza el Banco a los fondos desembolsados a sus prestatarios.

Préstamos de inversión: Este tipo de préstamos apoyan proyectos de inversión pública y privada en Latinoamérica y el Caribe. Se utilizan para bienes, obras y servicios en apoyo a los proyectos de desarrollo económico y social en una amplia gama de sectores económicos y sociales como la salud, educación, transporte, etc.

De acuerdo a la sección "Financiamiento de proyectos" que el Banco determina en su "Catálogo de Adquisiciones BID" [52] existen 3 sub categorías dentro de los ***préstamos de inversión,*** estas son:

Préstamos para Proyectos Específicos los cuales están destinados a financiar uno o más proyectos o subproyectos específicos que estuvieran totalmente definidos al momento de aprobarse el respectivo préstamo del Banco.

Préstamos para Programas de Obras Múltiples son aquellos destinados financiar un conjunto de obras de naturaleza semejante, físicamente independientes entre sí y cuya viabilidad no depende de la ejecución de un determinado número de ellas.

Facilidad de Crédito Contingente para Desastres Naturales tiene el objetivo de facilitar recursos a un país azotado por un desastre catastrófico para cubrir los gastos inmediatos de reanudación de los servicios básicos a la población. Cabe destacar que lo que impulsa la utilización de este mecanismo es la urgencia de tener recursos en el terreno en las horas inmediatamente posteriores al desastre.

Finalmente, *los Préstamos sin Garantía Soberana*, son aquellos mediante los cuales, el BID ofrece financiamiento para proyectos del sector privado que contribuyan al desarrollo, lo cual no será materia de nuestro análisis.

[52] Fuente: Catálogo de Adquisiciones BID. Web: http://www.iadb.org/es/proyectos/adquisiciones-de-proyectos.

A continuación veamos a modo de ejemplo qué tipos de proyectos ha financiado el BID en Ecuador, [53]no están en orden de ejecución ni por año sino más determinados por sectores a los cuáles el Banco ha financiado en los últimos años.

DETALLES DE PROYECTOS

PAÍS	SECTOR	TITULO DEL PROYECTO	FINANCING	ETAPA
Ecuador	AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL	Desarrollo de Pequeños Productores en la Cadena de Valor de la Industria Exporta	0,65	Approved
Ecuador	MERCADOS FINANCIEROS	Mejorando el Acceso a Financiamiento Productivo para Pequeños Agricultores	7,00	Approved
Ecuador	ENERGIA	Análisis de la Implementación del Programa de Redes Inteligentes en Ecuador	0,45	Approved
Ecuador	EDUCACION	Programa de Infraestructura para la Universalización de la Educación con Calidad	0,01	Approved
Ecuador	ENERGIA	Programa de Electrificacion Ruural y Urbano-marginal del Ecuador II	30,00	Approved
Ecuador	TRANSPORTE	Fortalecimiento de la Empresa Pública Metropolitana del Metro de Quito	0,95	Approved
Ecuador	REFORMA/MODERNIZACIÓN DEL ESTADO	Programa de Mejoramiento de la Gestion de Servicios al Ciudadano	270,00	Approved
Ecuador	EDUCACION	Maestros Cerrando Brechas: El Impacto de la Calidad de Enseñanza a los Resultado	0,55	Approved
Ecuador	ENERGIA	Apoyo al Programa de Electrificación Rural y Urbano-Marginal del Ecuador II	0,15	Approved

Gráfica Fuente: Resultados de financiamiento BID por país. Año 2015.

En Ecuador el BID ha financiado casi a mil proyectos de distintas áreas, lo más importantes han sido aquellos que ocupan esta investigación, es decir, los préstamos de obra pública o infraestructura pública, cuyo financiamiento se hace bajo la modalidad de *Préstamos de Garantía Soberana* (CGS), y *Préstamos de Inversión*

[53] Fuente: Resultados de financiamiento BID por país. Año 2015. http://www.iadb.org/es/paises/ecuador/ecuador-y-el-bid,1065.html

2.2.- Análisis del Contrato de Préstamo con el BID y sus principios de aplicación en concordancia con la Legislación Nacional.

2.2.1.- Principios generales para contratación de un crédito con el BID.

Uno de los principios generales más importantes para contratar con el BID, es la exigencia que el mismo hace a sus prestatarios, los oferentes, y contratistas, cuando participan en proyectos con financiamiento del Banco, observen los más altos niveles éticos, ya sea al momento de acceder al crédito como durante el proceso de licitación o de ejecución de un contrato.

Las adquisiciones que se llevan a cabo con motivo de las operaciones del Banco, deben cumplir con la regla establecida en su Convenio Constitutivo relativo al Uso Eficiente y Económico de los recursos del Banco[54]. Por ello, en todo proceso de adquisición el contratante debe regirse por los siguientes principios:

- Economía:

En virtud de este principio, el Banco busca que se adopte procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten con motivo de la Precalificación, Selección y ejecución del Contrato de Adquisición. Busca que todos los trámites de adquisición se realicen con austeridad de tiempo, medios y gastos, y con ello se impidan las dilaciones y los retardos en la ejecución del Contrato de Adquisiciones.

- Eficiencia:

En virtud de este principio, todas las adquisiciones deben ser planificadas y programadas de modo que se satisfagan en el tiempo oportuno y en las mejores condiciones de costo y calidad.

- Competencia:

Toda adquisición deberá promover la participación del mayor número posible de Oferentes calificados, de manera que el Contratante pueda obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. El principio de competencia tiene por

[54] Convenio Constitutivo Banco Interamericano de Desarrollo. Aplicabilidad Normas del BID. op. Pág. 2.

objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para que los Prestatarios puedan obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. Para que exista una competencia efectiva, los participantes deben ser considerados en condiciones de igualdad. Este principio implica evitar todo tipo de preferencia o discriminación que favorezca o perjudique a unos en detrimento o beneficio de otros

- Igualdad:

A propósito de este principio, en los procesos de adquisición se evitará cualquier tipo de preferencias o medidas discriminatorias que puedan favorecer o perjudicar a ciertos participantes en beneficio o detrimento de otros.

- Transparencia

Se busca con este principio, que en todo proceso de adquisición deben utilizarse reglas claras y establecidas en forma tal que reduzcan lo máximo posible la discrecionalidad en el proceso de evaluación. Estas reglas deben ser conocidas por los participantes y la sociedad en general, para cuando sea necesario, ellos puedan comprobar que fueron cumplidas a cabalidad.

- Debido Proceso:

En virtud de este principio, en todo proceso de adquisición se deberá prever los procedimientos bajo los cuales los participantes y los interesados en participar puedan interponer protestas relacionadas con el proceso de adquisición para salvaguardar sus derechos y asegurar la integridad del proceso.

- Publicidad:

El público en general tiene derecho a tener acceso a la información relacionada con los procesos de adquisición financiados con recursos del Banco para que, si es del caso, participe oportunamente, o posea la información necesaria para dar seguimiento al proceso de adquisición. Salvo cuando en materia de Nacionalidad, Origen de Bienes y Margen de Preferencia estas Políticas indiquen lo contrario.

Para efectos de la Política que propone el BID de obrar bajo el mayor nivel ético posible, estos principios fueron creados con el fin de establecer un régimen de adquisiciones que apoye eficazmente la calidad, el costo y la ejecución oportuna del producto de los préstamos otorgados por el Banco.

Aplicar estas políticas y principios sólidos contribuyen a fomentar procedimientos equitativos y transparentes, los cuales permiten crear mercados confiables y estables capaces de atraer proveedores y contratistas eficientes y, resguardar los principios de responsabilidad de gestión y el uso efectivo de los fondos públicos.

El BID también reconoce y adopta los principios básicos de la licitación pública Nacional de nuestra legislación, que son publicidad, igualdad, competencia y debido proceso. En el capítulo siguiente ahondaremos más este tema.

2.2.2.- Principios generales de la Contratación Pública.

Los principios son reglas que inspiran toda regulación. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Existen ciertos principios generales para los procedimientos precontractuales de la contratación pública, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de alcanzar con la contratación idónea y justa, para satisfacer los fines de la Administración.

El Art. 227 de la Constitución Política [55]dispone 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.

> "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."

Estos principios rectores establecidos en nuestra Carta Magna permiten dotar al Sistema Nacional de Contratación Pública de un mecanismo para asegurar eficiencia y calidad en la Contratación Pública, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios. Es necesario analizarlos para un debido procedimiento de contratación pública.

El Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta que:

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

Si consideramos que el objetivo primordial del nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública, según lo determina la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es generar un cambio en la contratación aplicando entre otros los principios de transparencia y publicidad, adquiriendo bienes y servicios de mejor calidad, a menor precio y en el menor tiempo, fomentando la demanda interna de bienes y servicios para diversificar la producción nacional, impulsando la economía local, la libre ciencia, vigencia tecnológica, descentralización, desconcentración y

[55] Constitución Política del Ecuador. Capítulo séptimo. Administración pública. Sección segunda. Administración pública. Op. Art. 227.

simplificación administrativa, es importante analizar que incidencia tienen estos principios, particularmente en los procesos de licitación, puesto que éstos son los procesos de contratación que representan mayor inversión de fondos del Estado.

Por esta razón, se planteará la importancia que tiene el cumplimiento por parte de la Administración de los principios rectores que se establece en el sistema jurídico ecuatoriano para la selección de aquellos sujetos con los que potencialmente podrá contratar, abordando principalmente a la figura de la **Licitación Pública**.

La licitación pública es un procedimiento administrativo, es decir una secuencia de actos y hechos, que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a las condiciones previamente determinadas en los pliegos, a fin de obtener la oferta más beneficiosa para la entidad contratante que convocó al concurso. Si bien existen otros procedimientos de selección por analizar, nos centramos en el proceso de licitación por la amplia competencia que genera, ya que es el que permite obtener las mejores condiciones para el Estado y para la colectividad.

Ellos son:

1. *Trato justo:* El trato justo es el derecho que tienen todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se le dé a cada quien lo que le corresponde, y establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de ejecución entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, y evitando que los funcionarios públicos actúen con discrecionalidad o subjetividad. El trato justo propicia que la relación entre las partes se dé en términos transparentes, éticos y morales. Es el equivalente al derecho a la igualdad material y formal, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador. El trato justo e igualitario, impone la obligación a todas las entidades del Estado de tratar de la misma manera a los postores durante el proceso de selección, sin que exista excepciones, privilegios o favoritismos en favor de algunos contratistas, dejando a los otros postores en condiciones desiguales y perjudiciales.

Para el tratadista Diego Fernández[56], el trato justo igualitario también equivale al principio de imparcialidad contractual, menciona que:

> "Trato justo se traduce en la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva. En cuanto al accionar de la administración debemos considerar que su imparcialidad es relativa, en cuanto a que por su capacidad jerárquicamente superior es a la vez juez y parte, sin embargo debe estar presente, por ejemplo, en la valoración de ofertas"

[56] FERNANDEZ Suescum Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. Pág. 12

El trato justo se complementa con el principio de imparcialidad que permite garantizar que en la participación de los oferentes existirá el compromiso de no beneficiar a determinadas personas y de otorgar las adjudicaciones a los que hayan ganado las licitaciones o el concurso público de ofertas.

2. *Legalidad:* Los procedimientos de Contratación Pública deberán realizarse de conformidad con las disposiciones de LOSNCP, su reglamento y las resoluciones emitidas por el SERCOP, en dicho orden (por reserva de ley), por lo que los actos administrativos relacionados con la contratación pública deben ser motivados con base en la normatividad.

Por este principio toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico.

En virtud del carácter público de la administración y de que su actividad es imperiosamente reglada o limitada por el ordenamiento establecido, es que se configura el principio de legalidad. De conformidad con el artículo 13 del Código Civil Ecuatoriano[57], se presume que la normatividad jurídica es conocida por todos sin que su ignorancia sea excusa para su incumplimiento, por lo que toda cláusula incluida contractualmente, que se oponga a la Ley o tenga vicios para su validez, se entiende no escrita y carece de todo poder de aplicación y ejecución.

La legalidad es un principio muy común en el ordenamiento jurídico, pues impone la obligación de que todos los actos, procesos, impugnaciones y formalidades estén previstos en la Ley. Por lo tanto la contratación y adquisición de bienes y servicios, arrendamiento, ejecuciones de obras, deben estar descritas y caracterizadas en la Ley para que estas sean legales y el Estado pueda actuar bajo esta legalidad, privilegiando al orden público sobre el particular.

3. *Calidad:* La contratación pública debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante debe garantizar calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como del objeto de contratación, al cumplir con los estándares que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha contratación.

4. *Vigencia Tecnológica:* El Estado en sí, promueve el uso intensivo de tecnologías para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, para democratizar el uso de la información y transparentarla

[57] Código Civil Ecuatoriano. Parágrafo 3o. Efectos de la ley .Art. 13.- La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.

gratuitamente. Con el principio de vigencia tecnológica se garantiza que los bienes, obras o servicios que contrate la entidad gocen de las características tecnológicas necesarias para servirla por un determinado espacio de tiempo.

5. *Oportunidad:* Significa que todos los procedimientos de contratación pública, deben ejecutarse de manera oportuna y eficiente, atendiendo las necesidades de las entidades contratantes y guardando relación con la programación establecida, lo que implica tener en cuenta el lucro cesante en la inversión pública, y alcanzar un mejor rendimiento de los recursos del Estado.

Para el tratadista Lerner el Principio de oportunidad

> "Determina la actividad administrativa. Los órganos administrativos actúan en un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad, condicionan pues el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. Lo oportuno significa lo conveniente hoy, pudiendo quizás ser perjudicial mañana" [58]

La oportunidad es un elemento de la discrecionalidad, que impone a la administración pública los criterios necesarios de cuando actuar enmarcados siempre en el marco de la legalidad. Por lo tanto el principio de oportunidad debe ser aplicada por las autoridades nominadoras de la administración pública, conforme a la jerarquía y a la importancia del acto de decisión.

6. *Concurrencia:* Con este principio se debe garantizar la participación competitiva de los proveedores, sin discriminación alguna, a fin de garantizar la mayor participación; por tanto, este principio conlleva la prohibición de imponer condiciones restrictivas de participación. Es un mecanismo útil tanto para la promoción de la competencia en la contratación pública, como para la obtención de una oferta adecuada y óptima para la Administración Pública, asegurando que los procedimientos de contratación, deban garantizar la más amplia oportunidad de participación de los miembros de la sociedad, ejerciendo su derecho de ser proveedor del Estado.

A través de este principio, se está asegurando la no discrecionalidad en la decisión de la administración pública, y a la posibilidad de tener un contratista que asegure de forma más fiable el cumplimiento del objeto del contrato con miras al interés general.

Cabe señalar, sin embargo, que este principio no es absoluto. La normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes. Dichas limitaciones o restricciones son por ejemplo la

[58] LERNER Buitron Michelle Stiven. La administración pública. Editorial ABC. México Df. 2008. Pág. 46.

exclusión de oferentes incursos en las inhabilidades generales y especiales previstas en la LOSNCP; así también, la entidad contratante puede exigir en los pliegos determinados requisitos de capacidad técnica y de solvencia económica financiera, que le aseguren un contratista idóneo.

La publicidad de la convocatoria a licitación es un ejemplo claro y también una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia. Como excepción a este principio, podemos señalar la existencia en el mercado de un solo proveedor del bien o servicio, lo cual imposibilita hacer comparaciones, aspecto que ha sido recogido en la LOSNCP, y para su contratación se debe seguir un procedimiento de excepción contemplado en el Reglamento General a la referida Ley.

7. *Transparencia:* Este principio se encuentra incluso consagrado en la Constitución de la República en su Art. 227, revisado anteriormente, y es de gran importancia, ya que la transparencia no es más que garantizar que la actividad y la gestión de la Administración Pública se realicen bajo la moral y la ética, y que los procedimientos de contratación pública se lleven de manera imparcial, de acuerdo con las prácticas de la honestidad y la justicia. La transparencia promovida también por las reglas internas del BID se ha constituido en la mejor estrategia para eliminar la corrupción.

8. *Publicidad:* Es uno de los pilares fundamentales para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituye una buena práctica prever una buena publicidad previa a la adjudicación, una publicidad de convocatoria y una publicidad posterior a la adjudicación del contrato. Con la publicación se cumple tanto con la exigencia normativa y además se garantiza que las invitaciones o las convocatorias, y en sí mismo el procedimiento de contratación en sus diferentes fases y etapas, sean de conocimiento de todos los interesados y de la sociedad en general, haciendo de la información un medio de propiedad pública y gratuita a la que se puede ingresar a través del portal institucional www.compraspublicas.gob.ec.

El artículo 13 del Reglamento a la LOSNCP, [59]establece que para efectos de la publicidad de los procedimientos de contratación se debe publicar en el portal de

[59] Reglamento a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Públic. publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008. Titulo I. Generalidades. Capítulo II. Sección III. Art. 13. Art. 13.- Información relevante.- Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gov.ec se entenderá como información relevante la siguiente: 1. Convocatoria; 2. Pliegos; 3. Proveedores invitados; 4. Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación; 5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos; 6. Resolución de adjudicación; 7. Contrato suscrito, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos; 8. Contratos complementarios, de haberse suscrito; 9. Órdenes de cambio, de haberse emitido; 10. Cronograma de ejecución de actividades contractuales; 11. Cronograma de pagos; y, 12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato. 12-A.- En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el INCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública.

compras públicas cierta información de carácter relevante, como: convocatoria, pliegos, proveedores invitados; etc.

Además, se deberá publicar toda la información relacionada a los contratos suscritos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, ejecución de garantías. Esta información es pública y gratuita, por lo que podrá acceder a su conocimiento cualquier persona.

Como resultado de la publicidad de los procesos de contratación, se obtiene un procedimiento transparente tanto para los interesados como para el público en general.

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

10. *Igualdad:* Según el tratadista Fernández menciona que [60]

> "La actividad contractual de la administración pública debe regirse por la igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual"

En tal sentido, la igualdad supone tratar por igual a los interesados en contratar con el Estado. La actividad contractual de la administración pública debe regirse por esa igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, a ello se refiere el tratadista Diego Fernández con democratización contractual.

Todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben garantizar la igualdad de todos los oferentes dentro de un procedimiento de contratación, aplicando las mismas condiciones establecidas en los pliegos, es decir no favoreciendo a unos en perjuicio de otros; respetando nuestra Constitución de la República que manifiesta que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Sin embargo, hay que señalar que en la LOSNCP, este principio tiene una excepción, ya que dispone la preferencia de bienes locales sobre los del extranjero; la participación nacional, por el hecho de ser nacional tiene una ventaja, que se traduce en un puntaje

[60] FERNANDEZ Suescum Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. Pág. 13

adicional fijo en relación a los productos extranjeros, por lo que éstos últimos entran a concursar en desventaja.

A decir de la preferencia de bienes locales sobre los extranjeros, la misma Constitución en su Artículo 288 prioriza la participación nacional en compras públicas, independientemente si esas compras se realiza con fondos provenientes de entes crediticios del exterior. Menciona que:

> "Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas."

Este artículo de la Constitución determina sobre qué criterios o principios debe regirse la contratación pública ecuatoriana, y dispone que se priorizarán los *productos y servicios nacionales*.

Por otro lado tenemos que al querer contratar obra pública con fondos provenientes del BID, dentro del Apéndice 2 referente a "Preferencias Domésticas" y "Preferencia para Bienes de Fabricación Nacional", determinadas dentro del documento GN-2349-9, el Banco alienta la participación de proveedores y contratistas del país prestatario en los procesos de adquisiciones, más no los designa de entrada como prioritarios.
Se prevé que para propiciar cualquier preferencia por bienes nacionales ello se lo debe determinar en los documentos de licitación en los cuales se deben indicar claramente cualquier preferencia que haya de otorgarse a los bienes. Al comparar ofertas nacionales con ofertas extranjeras el banco indica que el prestatario podrá, con la aprobación del Banco, conceder si se hubiese utilizado Licitación Pública Internacional, un margen de preferencia para las ofertas que contengan ciertos bienes fabricados en el país del Prestatario.

Ciertamente, estos principios están determinados para alcanzar objetivos a los que aspira la Contratación Pública, entre otros, impulsar y fortalecer el comercio justo para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. Promover la calidad del gasto público y su ejecución, en beneficio de la ciudadanía; Promover la transparencia y evitar las prácticas anticompetitivas en los procedimientos de contratación pública; Evitar los acuerdos y prácticas anticompetitivas entre proveedores, oferentes y contratistas del Estado; Evitar el falseamiento de la competencia en los procedimientos de contratación pública; Y evitar la discrecionalidad y el direccionamiento en la contratación pública.

En definitiva, cualquier principio que vulnere el pacto o acto de contratar se entenderá como acto nulo por estar viciado de incumplimiento a nuestro marco legal interno.

2.2.3.- Requisitos exigidos por el Banco a los prestatarios a seguir para contrataciones en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para hacer este análisis es imprescindible acudir a las normas y políticas internas del BID, y también a la normativa nacional para encontrar qué posibles diferencias y similitudes determinadas en ambas, en cuanto a los requisitos para adquisiciones.

Como parte inicial de la preparación de un proyecto, el Banco solicita al prestatario que prepare un "Plan de Adquisiciones", ello antes de entrar en las negociaciones del préstamo. En dicho plan debe detallarse, como mínimo, la siguiente información:

- los límites para aplicar licitación pública con motivo del proyecto;
- todos los bienes, obras y servicios que se han de requerir para llevar a cabo el proyecto;

- las características y los montos estimados de los diferentes contratos bajo los que se agruparán las adquisiciones;
- la fuente de financiamiento y el sistema de adquisición previsto para cada contrato, en función de las reglas establecidas para los distintos sistemas de adquisiciones;
- las precalificaciones y licitaciones que se convocarán para adjudicar los diferentes contratos; y
- las fechas previstas para llevar a cabo las principales etapas del proceso de adquisiciones, incluyendo las fechas previstas para contar con las obras, bienes y servicios relacionados.

Según lo descrito anteriormente, el objetivo de definir un Plan de adquisiciones es ordenar y planificar la ejecución de un proyecto, definiendo claramente costos, procedimientos de contratación, temporalidad de las diferentes acciones y de los resultados.

Para realizarlo, se necesita tener el soporte técnico dependiendo del alcance, objetivos y características del proyecto, conocimientos de las normas y requisitos de la entidad financiadora y su compatibilidad con la legislación de contratación administrativa que rige al ejecutor, claridad en su capacidad de gestión, temporalidad de la disponibilidad real de los recursos financieros, entre otros.

Dependiendo del valor del proyecto y sus componentes, se debe agrupar de acuerdo con especialidades: por ejemplo, estudios y diseños, interventoría, suministros de equipos especiales, adquisición de bienes, obras civiles, asesorías especializadas, etc.

La mayor escala de las contrataciones da ventajas no solo en precio sino en facilidad en la administración, para esto a continuación se presenta una tabla que permite definir las características de cada una de ellas:

	Definición
Obra	Los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adición, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles. Aplica para obras deconstrucciones de infraestructura física nueva o de ampliación, mejoramiento, rehabilitación o mantenimiento de la existente, tales como: obras de ordenamiento urbano, pavimentación, alumbrado público, alcantarillado, saneamiento y servicios comunales; suministro de agua potable, energía eléctrica, gas natural, etc.; plantas de generación y redes de distribución de energía, sistemas de riego, etc.; carreteras, puertos, aeropuertos , sistemas ferroviarios, etc
Adquisiciones de Bienes	Tienen por objeto la adquisición de bienes muebles o inmuebles requeridos para la administración o prestación de servicios.
Consultoría	Los que se refieren a la realización de estudios requeridos previamente para ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, o factibilidad para programas o proyectos especificados, así como a las asesorías técnicas y de coordinación. También contempla las interventorías, ejecución de estudios, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas.
Servicios	Es el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante cuando ésta no pueda cumplirlos con personal de planta.

Una vez clasificados los diferentes componentes del proyecto, debe definirse el procedimiento de contratación.

Para establecer cuál es la modalidad más adecuada de acuerdo con las características de la contratación a realizar, la entidad de banca multilateral ha establecido parámetros dentro de las cuales deberá enmarcarse su contratación.

En la mayoría de casos, el Banco exige a sus prestatarios que contraten la adquisición de bienes, la ejecución de obras y servicios conexos, mediante licitación pública internacional abierta a los proveedores de bienes y contratistas de obras elegibles para participar en ésta.

Cuando la licitación pública internacional evidentemente no constituye el método de contratación más económico y eficiente, se pueden utilizar los siguientes métodos de contratación: Licitación Internacional Limitada y Licitación Pública Nacional.

Adquisición de bienes y obras	
Licitación Pública Internacional - LPI	Se aplica obligatoriamente cuando el monto estimado del contrato objeto de la licitación supera el monto límite establecido en el Contrato de Préstamo. La LPI realiza convocatorias públicas abiertas a toda firma o individuo interesado, sin otra condición que el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y brinda al Prestatario la oportunidad de obtener la mayor competencia a nivel de todos los países miembros del Banco.
Licitación Pública Nacional - LPN	Es el método que normalmente emplea el sector público en el país del prestatario y puede constituir la forma más económica de adquirir bienes o ejecutar obras, cuando el contrato, por sus características y alcance, no atrae competencia internacional, pues los valores contractuales son pequeños, son suministros de bienes u obras geográficamente dispersas o escalonadas en el tiempo y requieren utilización intensiva de mano de obra local. Sin embargo, la misma no debe restringir la participación internacional si existiere interés. Este sistema es utilizado cuando la licitación va a financiarse exclusivamente con moneda local del préstamo del Banco; exclusivamente con fondos propios del prestatario; o con una combinación de fondos propios y moneda local del préstamo.

Las metodologías indicadas cuentan con documentos estándar de apoyo para su celebración.

Revisemos entonces qué nos dice tanto la Administración como el BID de los que es este proceso precontractual.

LICITACIÓN PUBLICA NACIONAL	
Legislación ecuatoriana (LOSNCP, RLOSNCP, Doctrina)	**Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 Marzo 2011**
*La Licitación Pública es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración.[61]	*La Licitación Pública Nacional (LPN) es el método de licitación competitiva que se emplea normalmente en las contrataciones del sector público en el país del Prestatario, y puede constituir la forma más eficiente y económica de adquirir bienes o ejecutar obras cuando, dadas las características y alcance de dichas adquisiciones, no sea probable que atraigan competencia Internacional.
*Art. 48.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos: 1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. *Como etapas generales del proceso licitatorio tenemos la conformación de una comisión técnica, la elaboración de pliegos, la convocatoria, la entrega de las ofertas, la apertura de los sobres, análisis de las ofertas	*La Licitación Pública Nacional puede constituir el método de contratación preferido cuando no se espera que los oferentes extranjeros manifiesten interés ya sea debido a que: 1. Los valores contractuales son pequeños; 2. Se trata de obras geográficamente dispersas o escalonadas en el curso del tiempo; 3. las obras requieren una utilización intensiva de mano de obra; 4. los bienes u obras pueden obtenerse o contratarse localmente a precios inferiores a los del mercado internacional. *Los procedimientos de la LPN pueden utilizarse también cuando sea evidente que las ventajas de la LPI quedan ampliamente contrarrestadas por la carga administrativa y financiera que ella supone. *Para que el Banco los considere susceptibles de financiamiento con fondos provenientes de sus préstamos, estos procedimientos de contratación deben ser revisados y modificados en la medida necesaria para lograr economía, eficiencia, transparencia y compatibilidad * Los documentos de licitación deben contener información clara respecto de cómo deben presentarse las propuestas, así como del lugar, fecha y hora de entrega de las mismas. Se debe dar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar y presentar ofertas.

[61] Enrique Sayagués Laso, La licitación Pública, obra actualizada por los Prof. Daniel Hugo Martins y Rubén Flores Dapkevicius, Buenos Aires, B de F, 2005, Pág. 53

por parte de la comisión técnica y una subcomisión de apoyo de ser necesaria, la adjudicación o declaración de desierto del procedimiento, notificación de resultados a los interesados y finalmente la formalización del contrato. *Estas etapas se encuentran determinadas en el artículo 49 de la LOSNCP: Art. 49.- De las fases preparatoria y precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos. *La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento. *La licitación, comprende por tanto, las fases preparatoria y precontractual. La fase preparatoria consiste en la conformación de la comisión técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos; y, la fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados del procedimiento. *La comisión técnica, por su parte es responsable de llevar adelante el procedimiento licitatorio, y está integrada de la siguiente manera: a) La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, quien la presidirá; b) El responsable de la dependencia que requiere la obra, el bien o servicio a ser licitado;	*Los métodos empleados en la evaluación de las ofertas y en la adjudicación de los contratos deben ser objetivos, se deben dar a conocer a todos los oferentes y no aplicarse arbitrariamente. *Los métodos también deben contemplar la apertura pública de las propuestas, la publicación de los resultados de la evaluación y adjudicación del contrato y las condiciones bajo las cuales los oferentes pueden presentar no conformidad respecto de los resultados. *Procedimientos de la Licitación Pública Nacional Este documento contiene los siguientes parámetros para contratación. Sección I. Instrucciones a los Oferentes (IAO) Sección II. Datos de la Licitación (DDL) Sección III. Criterios de Evaluación de las Ofertas y de Calificación de los Oferentes Sección IV. Formularios de la Oferta Parte 2 – Requisitos de los Bienes y Servicios Sección VI. Lista de Requisitos Parte 3 – Contrato Sección VII. Condiciones Generales del Contrato (CGC) Sección VIII. Condiciones Especiales del Contrato (CEC) *El Llamado a Licitación Pública Nacional emitido por el Comprador no forma parte del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación. * Los Prestatarios deben utilizar los Documentos Estándar de Licitación (DEL) apropiados, emitidos por el Banco.

c) Un profesional designado por la máxima autoridad institucional, según la obra, bien o servicio a contratar. d) Intervienen con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico institucional, o quienes hagan sus veces. e) Actúa como secretario de la comisión un abogado de la entidad que será designado por la máxima autoridad de la entidad contratante. *La comisión técnica puede de considerarlo pertinente, designar subcomisiones de apoyo para el análisis de las ofertas, estas subcomisiones deben presentar los informes respectivos a la comisión técnica. *Dentro de la fase preparatoria La fase preparatoria está la elaboración de los pliegos. El Art. 31 del Reglamento de la LOSNCP,[62] determina que son los Pliegos, los mismos que establecen las condiciones que permiten 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.	

2.3.- Condiciones generales de contratación de obra pública con el BID bajo modalidad de Licitación Pública Nacional.

2.3.1.- Participantes.

La convocatoria a participar en financiamiento con el BID, está dirigida a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras de los países miembros del Banco.

[62] Reglamento Ley orgánica Sistema Nacional de Contratación pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008 Ultima modificación: 14-oct-201. Art. 31.- Pliegos. Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales. Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de COMPRASPUBLICAS.

De acuerdo a la LOSNCP todos los participantes que se vean inmersos en proyectos de contratación pública con el Estado deben encontrarse habilitados en el Registro Único de Proveedores, RUP. Menciona que aquellos que tengan su domicilio fiscal en el Ecuador, que oferten participación ecuatoriana mínima conforme los estudios de desagregación tecnológica para el caso del procedimiento de licitación de obras, y tengan interés en participar en este procedimiento, serán participantes habilitados dentro cualquier proceso de contratación, siempre que se encuentren inscritos.

Pero, ¿Quienes participan en un proceso de contratación pública?, hagamos un aproximación a los participantes y a sus funciones simplificadas dentro del ciclo para contratar con el Estado:

- Entidad contratante:
    - Inicia el proceso de contratación,
    - Utiliza las herramientas para seleccionar el proveedor,
    - Utiliza el criterio de los profesionales que lo integran para seleccionar la calidad del producto y demás condiciones (precio, plazo, etc.)
    - Finaliza el proceso: adjudica, cancela o declara desierto un proceso.

- Proveedor:

    - Recibe una invitación por medio del portal a participar en el proceso,
    - Presenta una oferta formal,
    - Si su oferta es satisfactoria, se le adjudica el contrato y lo suscribe
    - Ejecuta el contrato.

- SERCOP:

    - Administra el portal de compras públicas, en donde interactúan la Entidad contratante y el proveedor.

Estos interesados llamados también **oferentes**, son los particulares interesados en contratar con el Estado, para lo cual presentan sus ofertas atendiendo el llamado a ofertar que hacen las instituciones del Estado.

A decir de *Dromi* **los oferentes:**

> "Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales". [63]

Conforme lo establece nuestra legislación para participar ya sea individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por la LOSNCP se requiere por norma general estar habilitado en el Registro Único de Proveedores, el RUP acredita a los proveedores calificados para el propósito. [64]

Los oferentes durante el desarrollo de la licitación adquieren distintas calidades, cuando toman conocimiento de los pliegos y condiciones del llamado son interesados, oferentes o proponentes cuando presenten sus ofertas, quien sea seleccionado para contratar con el ente licitante será adjudicatario.

2.3.2.- Elegibilidad

De la mano con el análisis de las condiciones generales de contratación del BID a modo comparativo con nuestra legislación interna, nos es necesario aproximarnos ahora al concepto de elegibilidad. Ello se refriere a qué requisitos deben reunir los interesados en contratar un crédito y a qué se puede dedicar los fondos otorgados bajo préstamo por el Banco.

El destino de los fondos de financiamiento del Banco, solo pueden ser usados para el pago de obras, bienes y servicios contratados con firmas o individuos de países miembros del Banco. Los individuos o firmas de países no miembros del Banco no son elegibles para participar en contratos financiados en todo o en parte con fondos del Banco.

---

[63] Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998, Pag. 346.

[64] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrtación Pública. Art. 6 Definiciones, numeral 29. Registro Unico de Proveedores.- RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes

Los países miembros, que se obligan bajo su responsabilidad general, así como las subdivisiones políticas, tales como provincias o municipalidades, etc., que requieran de garantía del país miembro antes de que la propuesta de préstamos se someta a consideración del Directorio Ejecutivo, deben demostrar para ser sujetos elegibles de préstamos que cumplen con los siguientes requisitos:

- Facultad para contratar créditos en el exterior. Específicamente, que el Poder Ejecutivo del país miembro o las autoridades pertinentes de los otros organismos cuenten con la autorización necesaria para negociar el préstamo;
- Inexistencia de impedimentos para someterse al procedimiento de arbitraje establecido en los contratos de préstamos;
- Facultad para contraer y cumplir las obligaciones financieras que emanen de los contratos de préstamo, especialmente las de recibir, mantener y administrar fondos en moneda extranjera, disponer pagos, efectuar el servicio del préstamo que incluye intereses y comisiones, en moneda extranjera;
- Facultad para asumir las obligaciones de hacer que estipulen los contratos de préstamo del Banco;
- Capacidad legal para llevar a cabo las modificaciones de organización y estructura que podrían requerirse para el proyecto o programa; y
- Capacidad legal para establecer tarifas en relación con servicios públicos. Si se tratase de subdivisiones políticas o de organismos descentralizados que no tengan la capacidad legal para establecer las tarifas respectivas, debe requerirse la garantía del país miembro, para el efecto, como obligación directa del mismo.

Acá cabe recalcar que las divisiones políticas y las entidades estatales descentralizadas de derecho público, deben demostrar que son elegibles para contratar un crédito cuando tienen:

- Personalidad jurídica; y
- Patrimonio propio.

Cualquiera de las condiciones de participación está limitada a aquéllas que sean esenciales para asegurar la capacidad de la empresa de cumplir con el contrato en cuestión.

En lo que respecta a todo contrato que se financie total o parcialmente con un préstamo del Banco, éste no permite a ningún prestatario denegar la participación en un proceso de licitación o adjudicación a una empresa por razones no relacionadas con su capacidad y recursos para cumplir el contrato satisfactoriamente.

2.3.3.- Políticas del BID para la contratación de obras.

Cuando hablamos de políticas para adquisición de obra pública nacional, estamos hablando de todas aquellas normas y procedimientos que el Banco exige a través de su política interna de adquisiciones y el Convenio Constitutivo, para regular la acreditación de créditos para financiar a contratos de bienes y servicios para los proyectos financiados por el Banco.

Las operaciones del Banco se ajustan a políticas que rigen todas sus actividades y a políticas sectoriales que sirven de orientación para determinadas actividades. El Banco tiene también su política de adquisiciones para el programa de préstamos del BID. Esta política sigue además una serie de estrategias, y proposiciones más amplias que buscan hacer operativos y eficientes los fondos que destinan a los prestatarios.

Además cuenta con numerosos comités y mecanismos para garantizar que sus proyectos y administración sean objeto de procesos adecuados de supervisión y auditoria. Asimismo, el Banco hace una evaluación de sus actividades a fin de estimar sistemáticamente los resultados de las actividades que financia y procesos afines.

Sabemos que el financiamiento cubre operaciones con el sector público se lo realiza bajo préstamos de Garantía Soberana, los cuáles se encuentran determinados en su totalidad por las Políticas GN-2349-9.

Dentro del documento GN-2349-9 podemos encontrar las referidas políticas. Esta normativa del Banco tiene por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo acerca de las políticas que rigen la adquisición de los bienes, de las obras necesarias para el proyecto. En resumidas cuentas, este documento contiene guías y pasos a seguir entre el Prestatario y el Banco, pero así mismo, las relaciones jurídicas

entre el Banco y sus prestatarios se rigen por los respectivos contratos de préstamo, y la aplicabilidad de estas Políticas para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato.

Por su parte, los derechos y las obligaciones del prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, y no por las políticas ni por el Contrato de Préstamo.

Estas políticas contienen todos los principios, reglas de elegibilidad y prácticas prohibidas, los mismos que están reflejados en los documentos estándar de licitación y modelos de contratos.

Dentro de las políticas para contratar con el Banco encontramos el uso eficiente y económico de los recursos del Banco, la regla principal sobre el uso de los recursos del Banco establecida en su Convenio Constitutivo, es que dichos recursos deben utilizarse prestando debida atención a consideraciones de economía y eficiencia.

Dichos contratos también regulan aspectos importantes de los procedimientos de adquisición. Pero como las relaciones jurídicas entre los Prestatarios y los proveedores de obras bienes y servicios relacionados, se rigen por los documentos de licitación y los contratos de provisión respectivos.

A recalcar dentro de las políticas de adquisiciones encontramos a la responsabilidad por la ejecución y administración de los proyectos que reside en los prestatarios, ello incluye a todo el proceso de adquisiciones, desde la preparación de los documentos de licitación hasta la adjudicación y administración de los contratos de suministro. El Banco supervisa el proceso de adquisiciones para asegurarse que se siguen sus reglas y procedimientos.

Las políticas del Banco condicionan al prestatario a entregar un Plan General de Adquisiciones para contratar un crédito, para ello, es indispensable una sólida planificación y coordinación de las adquisiciones que han de requerirse con motivo de ese proyecto.

Las características, cantidad y montos de los contratos por licitar deben ser tales que permitan su adecuada administración por parte del Prestatario y alienten la máxima competencia posible entre licitadores responsables.

2.3.4.- ¿Quién puede participar en un proyecto financiado por el BID?

El BID tiene 26 países miembros prestatarios, todos ellos en América Latina y el Caribe. Los miembros prestatarios tienen el 50,02 por ciento del poder de voto en el directorio de la institución. El Banco agrupa a sus miembros prestatarios según dos categorías: en grupos de la A a la D, según el porcentaje máximo de financiamiento para un proyecto que otorga la institución, y en grupos I y II según la distribución de los préstamos otorgados.

Grupos A a D: porcentaje de financiamiento

El BID financia hasta un porcentaje de los costos totales de un proyecto, y ese porcentaje está en proporción inversa al tamaño de la economía del país. El prestatario financia el resto de los costos de la operación.

El porcentaje máximo de financiamiento otorgado por el BID para un proyecto es el siguiente:

- Grupo A (Argentina, Brasil, México y Venezuela) - 60%
- Grupo B (Chile, Colombia y Perú) - 70%
- Grupo C (Bahamas, Barbados, Costa Rica, Jamaica, Panamá, Suriname, Trinidad y Tobago y Uruguay) - 80%
- Grupo D (Belice, Bolivia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua y Paraguay) - 90%

Veintiuno de los 47 países miembros del BID no son prestatarios, lo que significa que los mismos pueden brindar apoyo financiero, ya sea en forma de capital integrado como en cuanto a las suscripciones de capital, y tienen representación de voto en la Asamblea de Gobernadores del Banco, de acuerdo con sus suscripciones de capital.

Los países miembros no prestatarios del BID incluyen a Estados Unidos, Canadá, Japón, Israel, República de Corea y 16 países de Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

En cuanto al financiamiento de proyectos a países miembros, el grupo BID financia programas de desarrollo en América Latina y el Caribe por medio de préstamos, donaciones, garantías e inversiones.

Los préstamos, donaciones y garantías financian proyectos de inversiones públicas y privadas, iniciativas para apoyar a los países miembros durante crisis financieras o catástrofes, y operaciones de cooperación técnica a escala nacional y regional.

La mayoría de los proyectos y programas de cooperación técnica del Banco se financian con préstamos a tasas de mercado y tienen términos y condiciones estándares que no implican mayor impedimento para el Prestatario, por ello la elegibilidad para conseguir financiamiento depende del tipo de proyecto, el instrumento de financiamiento y el fondo que se va a utilizar.[65]
La cooperación internacional se realiza mediante diversas modalidades entre las cuales se encuentran la cooperación técnica, científica y tecnológica; la cooperación financiera no reembolsable; la cooperación financiera reembolsable o concesional; y por su puesto las donaciones.

Cabe distinguir dos modalidades de la cooperación internacional:

a. La cooperación reembolsable (créditos concesionales), que recibe el tratamiento de crédito y por tanto debe ceñirse a la regulación existente para el empréstito.

b. La cooperación no reembolsable, esta última tiene unas características muy especiales, se trata de una figura convencional o contractual atípica, es decir, no definida o regulada en la ley. En este sentido cuando la cooperación internacional se otorga mediante la entrega de recursos en dinero o en especie y esta es de carácter no reembolsable, su regulación se da mediante la figura del contrato de donación. Estas donaciones generalmente tienen su origen en ayuda oficial al desarrollo o en la cooperación privada internacional como apoyo a programas del gobierno nacional, con destinación específica a la ejecución de proyectos, cuyos beneficiarios son determinados grupos sociales y/o entidades públicas

2.3.5.- Inhabilidades para participar en procesos contractuales con el Estado financiados por el BID.

En la contratación estatal se han establecido algunas prohibiciones que impiden para ciertas personas, la posibilidad de celebrar contratos con el Estado. Estas son las llamadas inhabilidades, en cuanto son prohibiciones para contratar y, por ende, limitan la libertad de las personas, su interpretación es estrictamente restrictiva, es decir, que cuando una situación determinada no encaja perfectamente dentro de la causal respectiva, no es dado

[65] Fuente: Documento Estadísticas Banco Interamericano de Desarrollo Op. Cit. Pag 24.

al intérprete aplicarla al caso específico, la analogía no es admitida y las causales de inhabilidad son taxativas, o sea, no podemos aplicar prohibiciones que no estén mencionadas en la ley o darles un sentido diferente. Las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para cualquier contratación.

El principio de libre concurrencia manifiesta que la Administración Pública en los procesos de contratación debe incluir regulaciones que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

Como excepción al principio de libre concurrencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) establece las inhabilidades generales y especiales en los artículos 62 y 63 y 110, 111 del Reglamento a la LOSNCP, cuyo texto cabe tener presente:

> *Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:*
>
> 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, 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;
>
> 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.

La ley es muy clara al delimitar *que "de verificarse con posterioridad que un oferente incurso en una inhabilidad general o especial hubiere suscrito el contrato, dará lugar a la terminación unilateral del contrato"* conforme el numeral 5 del artículo 94 de la LOSNCP.

Si a pesar de la expresa prohibición, una persona incursa en causal de inhabilidad participa en licitaciones o el procedimiento de selección que corresponda, o celebra contratos, produce efectos de nulidad.

Si se da durante el proceso de selección, esto genera rechazo de la oferta o propuesta, lo que significa que la persona debe dejar de participar en el proceso de selección. Si el contratista ya ha sido seleccionado, el contrato no podrá celebrarse ni ejecutarse.

Por su lado el BID menciona que es inhabilidad para el financiamiento de obras o servicios, la contratación que no se haya hecho de conformidad con los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo y conforme haya sido detallada en el Plan de Contrataciones.

Suena muy lógico que en tales casos, el Banco podría declarar en pleno uso de sus atribuciones como entidad Prestamista, que una contratación no sea elegible para financiamiento, y por ende, es política del Banco cancelar la porción del préstamo asignada a bienes y obras que se hayan adquirido o contratado sin procedimientos si se que considera que no se observaron todos los requisitos pre establecidos. Sin mencionar que el Banco puede, además, ejercitar otros recursos en virtud del Contrato de Préstamo. Ejemplo de ello es que aunque un contrato sea adjudicado después de obtener una "no objeción" del Banco, el Banco puede declarar una contratación no elegible al declararlo como inhabilitado.

Es decir, para financiamiento si el Banco concluye que la "no objeción" fue emitida sobre la base de información incompleta, inexacta, o engañosa proporcionada por el Prestatario o si los términos y condiciones del contrato han sido modificados sin la aprobación del Banco, puede mantener la inhabilidad y declarar nulo el proceso de contratación o de financiamiento.

2.3.6.- Causas para cancelación de créditos y proyectos financiados por el BID.

Siendo cualquier tipo de contrato una obligación jurídica de dar, hacer o no hacer, sus actores quedan inmersos bajo dos principios básicos por los cuales se puede contratar, que son el de *la reciprocidad de las prestaciones* y por sobretodo la *buena fe de los contratantes,* con ello nace de por sí un vínculo jurídico mediante el cual las dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto de la obligación.

Jurídicamente el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano [66] establece claramente que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y que no puede ser invalidado, sino por el consentimiento mutuo, o por causas legales, este principio se conoce como el de la *inalterabilidad de los contratos*.

Por ello, el contrato de crédito como cualquier otro contrato de cualquier tipo recoge la idea fundamental de que las obligaciones que surgen del contrato son obligatorias, valga la redundancia, y no facultativas al decir que el contrato es ley para las partes.

Al obligarse válidamente entre los contratantes, se está creando simultáneamente un derecho de cada uno ellos a que la obligación del otro se efectivice. Ahí se crea el derecho a exigir el cumplimiento.

[66] Código Civil ecuatoriano. Título XII. Del efecto de las obligaciones. Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Codificación 2005-10.

El BID ha establecido políticas claras para sancionar a aquellos que incurran en contrataciones viciadas y que incumplan sus requerimientos.
Si el Banco concluye tras un análisis de estudio, que:

- Dicho contrato no se adjudicó de conformidad con los procedimientos establecidos en el Convenio de Préstamo y conforme haya sido detallado en el Plan de Adquisiciones para el cual el Banco haya proveído una "no objeción";

- O determina que no se pudo adjudicar al licitante seleccionado como el ganador, debido a que el prestatario actúo deliberadamente para retrasar el proceso, o tomó otras acciones que resultaron en retrasos injustificables, y;

- Si determina que el prestatario o a cualquier beneficiario de cualquier parte incurrió en prácticas de fraude y corrupción.

En tales casos, sea por medio de revisión anterior o posterior, el Banco puede declarar una contratación viciada, y es política del Banco cancelar la porción del préstamo asignada a bienes, obras y servicios que se hayan adquirido o contratado sin observar dichos procedimientos.

El Banco puede, además, ejercitar otros recursos en virtud del Convenio de Préstamo. Aun cuando un contrato se haya adjudicado después de obtener una "no objeción" del Banco, el mismo puede declarar una contratación viciada y aplicar plenamente sus políticas y recursos, independientemente de si se ha cerrado o no el préstamo. Si concluye que la "no objeción" fue emitida sobre la base de información incompleta, inexacta, o falaz proporcionada por el prestatario o los términos y condiciones del contrato han sido sustancialmente modificados sin la "no objeción" del Banco, puede de igual manera cancelar este tipo de contrataciones.

Por su parte la LOSNCP en su Art. 94 [67]determina las causas legales para la terminación de un contrato, las citamos a continuación:

[67] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Título IV De los Contratos. Capítulo IX De la terminación de los contratos. Art. -94. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008.

"Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:"

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.

Al igual que el BID puede declarar un préstamo nulo, la legislación nacional puede declarar nulo un proceso contractual que se esté llevando a cabo con la Administración pública. Esta situación se puede dar por factores que obstaculizan el equilibrio económico o jurídico del proyecto a financiar o ya financiado, refiriéndonos al fin mismo del proyecto.

Tanto el BID como Servicio Nacional de Contratación Pública están en la obligación de asegurar que se cumpla de principio a fin lo estipulado en los contratos y en los procesos o fases pre contractual, contractual y de ejecución del proyecto.

La terminación del contrato se encuentra establecida en la ley, pero también se debe estipular en el contrato, conjuntamente con las causales para su aplicación.

En conclusión del incumplimiento contractual, y en ejercicio de la potestad de la Administración Pública, tiene a su disposición potestades reconocidas en el

ordenamiento jurídico que le permiten analizar las causas que podrían suscitarse para la cancelación de un contrato, en razón de proteger el interés público.

Estas potestades no pueden ser ejercidas por la Administración Pública sino en base al principio de legalidad, cuando el ordenamiento jurídico se la otorgue, y en la medida en que lo haga.

De ello entendemos que las entidades estatales pueden cancelar procesos precontractuales o contractuales encaminados a la contratación de obra pública mediante la utilización de distintos sistemas, según su conveniencia y bajo el principio de legalidad. Se trata de las distintas modalidades que pueden utilizarse para medir el compromiso y el cumplimiento de la prestación de servicios por parte del contratista.

De acuerdo al principio de legalidad y dentro de la fase precontractual de un proceso de contratación con el Estado, la ley otorga a la máxima autoridad la potestad de cancelar un proceso precontractual, antes de adjudicar un contrato.

Estas motivaciones se encuentran en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

> **"**Art. 34.- Cancelación del procedimiento.- En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, 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.

CAPÍTULO III

POLITICAS Y NORMATIVA APLICABLE EN MATERIA DE LICITACIONES PARA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN NACIONAL VERSUS POLÍTICAS DE CONTRATACIÓN DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BAJO MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL.

3.1. Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo en concordancia con Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública bajo modalidad de licitación.

La celebración de un Contrato Público implica la realización de una serie de acciones previas y posteriores a la suscripción del mismo, como son: la planeación, la determinación del proceso de selección hasta la celebración del contrato, por eso, el proceso de contratación responde a un **conjunto de políticas**, producto de una sucesión de etapas que deben ser desarrolladas con toda la responsabilidad e importancia, ya que todos están íntimamente relacionados y deben ser ejecutadas en estricta observancia de normas legales.

Queremos partir de la idea conceptual de lo que es una política en sí, para determinar el alcance de este capítulo. Una política es un plan general de acción que guía a los miembros de una organización en la conducta de su operación. Fija los límites y los campos en que las personas autorizadas pueden tomar decisiones y emitir actos administrativos, y por supuesto, anticipa condiciones, situaciones e indica cómo enfrentarse a ellas. [68]

En nuestro país los procesos de contratación pública responden a políticas y normativas específicamente establecidas para ser cumplidas por las instituciones interesadas en contratar obras financiadas por el BID. La Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana, recoge en su Ley y manuales de ejecución, conceptos básicos y esenciales para facilitar a modo de guía, el estudio de los procesos de adquisición de las diferentes instituciones que actúan en calidad de contratantes en todas las etapas del proceso (preparatoria, pre contractual, contractual y pos contractual).

[68] AGUILAR VILLANUEVA, Luis. El estudio de las políticas públicas, Porrúa. Pág. 12. México 2012.

Lo menciona el artículo 82 del RLOSNCP[69] en cuanto al tipo de procedimiento a seguir en el caso de este tipo de contrataciones:

> "Art. 82.- Procedimiento.- Para el caso de contratación a través de organismos o convenios internacionales, se seguirá el procedimiento establecido en los respectivos convenios o a través de procedimientos establecidos por organismos internacionales. Para el caso que no existan procedimientos establecidos, se procederá de conformidad a los procedimientos especiales establecidos en la presente sección."

Está establecido de esta manera, debido a que de antemano sabemos que las contrataciones relativas a adquisición de obras que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro, se observa lo acordado en los respectivos convenios **y lo no previsto en ellos** por las disposiciones de la Ley de Contratación Pública y su reglamento.

Así mismo, el Banco determina en la sección III "Otros Métodos de Contratación" del documento GN-2349-9 [70], que dentro de las obligaciones del préstamo otorgado por esa entidad internacional se encuentra la aplicación de sus procedimientos de licitación, que le permiten asegurar el buen uso y destino de los recursos, ajeno a consideraciones políticas o de orden distinto al económico. Las políticas del Banco se basan en criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, por lo que se plantea la regla general del uso y aplicación de la licitación pública internacional, aunque se concedan ciertas prerrogativas para los bienes de fabricación nacional, en el caso de que se acuerde con el país suscriptor del convenio de crédito, y cuando sea procedente se aplicará otras modalidades de contratación como la licitación pública nacional.

Consecuentemente, en las contrataciones a cargo de estos organismos internacionales se contempla la utilización de documentos de aplicación internacional como lo son: Normas, Manuales, Guías, Documentos Estándar de Licitaciones, etc. que el Banco

[69] Reglamento Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008 Ultima modificación: 14-oct-2013.
[70] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo. GN-2349-9, marzo 2011. Sección 3. Otros Métodos de Contratación. Página 26.

promueve como políticas de aplicación y ejecución por parte de los contratantes. En general, cuando hablamos de políticas, son aquellas que el Banco determina para los casos de contratación en materia de adquisición de bienes y obras, las mismas que tienen por objeto dar a conocer a sus prestatarios, contratistas y proveedores vinculados a las adquisiciones financiadas con los préstamos, su **normativa y lineamientos básicos** para que se ejecuten de manera específica.

De manera más objetiva recordemos que el contrato de préstamo únicamente rige las relaciones legales entre el prestatario y el Banco. Dichas políticas y procedimientos allí contenidos, tienen que ver con la adquisición de bienes, obras y servicios para los proyectos según lo dispuesto en el contrato.
Por otro lado, los derechos y obligaciones de los prestatarios del Banco, y de estos con los proveedores de bienes y contratistas de obras y servicios para los proyectos, **son regidos por los documentos de licitación,** y por los contratos celebrados entre los prestatarios y los proveedores de bienes o los contratistas de obras y servicios.

En la mayor parte de casos, en la ejecución de obras con fondos provenientes de este organismo internacional de crédito, el mismo convenio plantea la finalidad u objeto del desembolso de los fondos, así como los procedimientos precontractuales.

Ello se refiere a que, por su puesto en la mayoría de casos el propio contrato determina que se aplique la normativa nacional (por ejemplo determina que se aplique el proceso licitación nacional para la adquisición de obras con fondos financiados por el banco, cuando el monto de las mismas no aplique para una licitación internacional).

Existen diversos autores como el tratadista y catedrático Luis Aguilar, [71]experto en estudios de la rama del Derecho Administrativo, que al referirse a políticas de contratación pública, que considera que:

> "La obra pública no debe ser producto del capricho y de la improvisación, sino fruto de la previsión derivada de una mediata y cuidadosa planeación que determine fundamentalmente sus fines, objetivos y metas, sus procedimientos,

[71] AGUILAR VILLANUEVA, Luis. Tratado Administrativo de Derecho Público, Porrúa. Pág. 3.

estrategias, en coordinación con el interés público y las necesidades de la comunidad".

Nosotros coincidimos plenamente con este enunciado, ya que, la obra pública y la contratación pública en sí, deben ir de la mano con políticas, lineamientos, criterios, mecanismos de coordinación, planeación, programación, presupuestos, control y supervisión de los procedimientos de adjudicación, y de contratación, con sujeción al marco jurídico establecido, que para nuestro caso, son las políticas que están determinadas en los documentos: "Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID" de febrero 2006 y "Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9" de marzo 2011, cuyas disposiciones estarán incluidas en el contrato de préstamo y lo no previsto en el mismo, se regirá por lo establecido en la LOSNCP.

Naturalmente, no existe coincidencia cabal entre unos y otros procedimientos o políticas (refiriéndonos a la normativa interna y normativa del BID), pero sí es posible establecer ciertas analogías y comentarlas. En esta sección nos referiremos a ellas a modo introductorio; las más importantes de acuerdo a su relevancia serán objeto de esta investigación más adelante.

Probablemente en lo que más coincidan las políticas determinadas para adquisición de obras, y en lo que vemos que se guarda más cierta relación entre ambas instituciones, es en torno a formular un "Plan general de adquisiciones".

Ambos promueven y consideran que es indispensable para la adecuada ejecución de un proyecto una sólida planificación y coordinación de las adquisiciones que han de requerirse con motivo de determinado proyecto.

Para el BID es indispensable que el prestatario prepare un "Plan General de Adquisiciones", el mismo que debe ser acordado con el Banco durante la operación.

A decir de las políticas del Banco [72]en este plan debe detallarse, como mínimo, la siguiente información:

- Los límites para aplicar licitación pública nacional con motivo del proyecto;
- Todos los bienes, obras y servicios que se han de requerir para llevar a cabo el proyecto;
- Características y montos estimados de los diferentes contratos bajo los que se agruparán las adquisiciones;
- La fuente de financiamiento y el sistema de adquisición previsto para cada contrato, en función de las reglas establecidas para los distintos sistemas de adquisiciones;
- Las precalificaciones y licitaciones que se convocarán para adjudicar los diferentes contratos;
- Las fechas previstas para llevar a cabo las principales etapas del proceso de adquisiciones, incluyendo las fechas previstas para contar con las obras, bienes y servicios relacionados.

Mientras que para nosotros internamente, está contemplado el formular el Plan Nacional de Adquisiciones (PAC), mismo que determina que, previo a la contratación de bienes, servicios y obras, las entidades públicas deben ubicar, cada uno de los requerimientos en este instrumento; caso contrario no podrán realizar la adquisición de dichos productos, con el siguiente detalle de acuerdo al Art. 22.- Plan Anual de Contratación:

- Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
- Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
- El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
- El cronograma de implementación del Plan.

[72] Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo Febrero de 2006.

Así mismo de acuerdo al Art. 23 de la LOSNCP:

> "Art. 23.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la Entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la Entidad (….).";

Ciertamente este es un instrumento de gestión para ambas entidades, muy necesario, ya que el mismo planifica y desarrolla parámetros específicos de lo que se ha de requerir. Ambos planes de contratación promueven un objetivo en común, los cuales a modo de comparación sugieren detallar: la necesidad de la obra, los montos, la organización, el manejo técnico económico y legal, para que se pueda contratar obras de manera ordenada y organizada, necesarias para desarrollar y cumplir con las actividades de manera eficiente.

En conclusión, lo que queda claro en cuanto a políticas de contratación pública financiadas por el BID, es que en cada país debería existir una sola normativa que contenga las reglas y disposiciones comunes para todo tipo de licitaciones financiadas por el Banco, de forma que se establezcan condiciones uniformes cualquiera que sea el tipo de contrato que se licita.

Esta legislación general no existe en todos los países de América Latina, se han desarrollado normativas en función de necesidades específicas de determinados contratos y no prevén un procedimiento común.

Finalmente se analizará a continuación es cómo interactúan las políticas del BID en contratación pública y como suple lo no acordado en el convenio la legislación nacional.

3.1.1.- De la Contratación Pública Nacional financiada con fondos del BID.

Los procedimientos de contratación pública requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, a fin de que el Estado pueda cumplir de la manera más adecuada

con las tareas que le son inherentes y, a la vez, alcanzar una administración eficiente y transparente de los recursos públicos.

En Ecuador, antes de la expedición de la LOSNCP, la Contratación Pública se basaba en la Ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría. Adicional a estos cuerpos normativos, se sumaban los Reglamentos Internos de contratación que las entidades contratantes expedían sin seguir un mismo patrón ni requisitos, ni márgenes de preferencia, lo cual generaba que cada entidad contratante manejara los procesos de contratación de manera distinta a las demás, dificultando las labores de los organismos de control.

De igual manera, no existía un registro único de proveedores a nivel nacional, cada entidad contratante manejaba procesos de calificación con la que creaban una base de datos de algunos proveedores, lo cual atentaba a la igualdad de oportunidad de participación de las empresas. Esto provocaba que para cada proceso de contratación, cada proveedor debía reunir y presentar nuevamente toda la documentación legal necesaria.

Los Términos de Referencia o Bases de los concursos, no seguían el mismo patrón, es decir, cada Entidad Contratante los elaboraba según de manera diferente.

Fue en el año 2008 en que se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en mi criterio, revolucionó positivamente la contratación pública en el Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se expidió en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, en cuyo "Considerando" se resume el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica fomentando así la agilidad, eficiencia y trasparencia de los procesos de contratación; incentivando a la producción nacional; planificación y correcto uso de los recursos públicos.

Nos referimos a "innovación" de la Contratación Pública no solo porque se ha conseguido una racionalización y eficiencia administrativa con los nuevos procesos

implementados, sino también porque se ha ido actualizando e involucrando principios y políticas del BID, y aunque este proceso ha sido paulatino, en 2014 se instauró un nuevo marco regulatorio con el cual se pudo evidenciar recientemente un gran avance de cooperación.

Una de las primeras interacciones que manifiesta la cooperación entre la Administración Pública, a través del Servicio Nacional de Contratación Pública y el BID, se ve plasmada en una reciente resolución emitida entre ambas entidades. El documento de la referencia se denomina "Resolución para expedir los modelos de documentos precontractuales para la contratación de obras, bienes y/o servicios, financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo" de 29 de octubre de 2014.

Esta resolución prevé la posibilidad de incorporar modelos de pliegos aplicables a los procedimientos de Contratación Pública financiados con el BID.

Los modelos de pliegos constituyen la base sobre la cual las entidades contratantes incorporan la información, y condiciones legales, técnicas y financieras, además, permiten 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 ventaja de este instrumento, es que los mismos no pueden 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 se pueda cumplir, de acuerdo al mismo planteamiento de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública No. 35, denominada Modelos de pliegos de uso obligatorio para procedimientos del SERCOP[73].

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, en el numeral 24 de su artículo 6, define a los pliegos como aquellos documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada proceso de contratación, los cuales se sujetarán a los modelos establecidos por el actual SERCOP.

[73] Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública No. 35. Registro Oficial Suplemento 65 de 12-nov-2009. Última modificación: 14-oct-2013.

Los artículos 10, numeral 8; y, 27 de la LOSNCP, en concordancia con el artículo 28 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RGLOSNCP, prevén que el SERCOP, mediante resolución expida los modelos de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública.

En su Art. 27 la LOSNCP [74]

> "Art. 27.- Modelos Obligatorios.- Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado."

Para ello, el artículo 28 de la RLOSNCP [75]atribuye la responsabilidad al Director General del SERCOP a expedir los modelos y formatos obligatorios de los pliegos mediante resolución y publicarlos en el Portal Institucional.

> "Art. 28.- Modelos y formatos obligatorios.- Los modelos y formatos obligatorios, serán expedidos por el Director Ejecutivo del INCOP mediante resolución y serán publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec. Cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios. La entidad contratante bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y el presente Reglamento General."

De acuerdo con esta base legal, y en aplicación de las resoluciones de cooperación se incorporó el uso de modelos de pliegos o bases obligatorios al Sistema Nacional de Contratación Pública los mismos que contienen las políticas del BID. Ello solo está

[74] Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. Título III De los Procedimientos. Capítulo I. Normas Comunes. Art. -27. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008.
[75] Reglamento Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. Título III De los Procedimientos. Capítulo I. Normas Comunes. Art. -28. Codificación 2009.

previsto aplicarse a determinados proyectos que entraron en un proceso piloto de ejecución. Los modelos de pliegos a los que hacemos mención, contienen las condiciones particulares y generales de participación para la contratación de obras, bienes y servicios, así como, las condiciones particulares y generales de los contratos para cada procedimiento de contratación aplicable a los umbrales acordados en el "Acuerdo para el uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en determinados proyectos financiados por el BID.

EL éxito o el fracaso de este tipo de resoluciones y convenios pactados entre ambas instituciones definirán a futuro que se siga promoviendo alianzas estratégicas que promuevan el mejoramiento de este tipo de financiamiento aplicado a la Contratación Pública de obras en nuestro país.

3.1.2.- Fases o etapas para Adquisición de Obra Pública – Licitación.

Hemos considerado importante analizar los actos preparatorios para contratar obra pública bajo la figura de licitación nacional, a fin de determinar el alcance de los mismos dentro del proceso contractual que se lleva a cabo cuando se requiere contratar bajo los términos de un financiamiento externo.

Una pregunta subsiste desde el inicio de este trabajo, es aquella en lo relativo a: ¿Cómo se contrata bajo el proceso precontractual de Licitación pública cuando la obra va a ser financiada por el BID?

Si bien nuestra Ley interna prevé sus propios actos preparatorios y contractuales, está claro que si la obra va a ser financiada por un Banco multilateral, los procedimientos a los cuales nos referimos deberán contar con la aprobación previa de la institución financiera en cuestión para ser puestos en marcha.

La licitación nacional es un procedimiento precontractual, prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya finalidad es elegir al proponente que presente la oferta más ventajosa para el Estado. Es un procedimiento legal y técnico al que deben sujetarse tanto la entidad contratante, cuanto los interesados en participar con el propósito de relacionarse jurídicamente con el Estado.

Así mismo, la licitación pública en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, surge como una exigencia de la buena administración, como una condición de moralidad y también como una oportunidad para los administrados, que acrediten las mejores condiciones en la oferta para la entrega de prestaciones traducidas en obras, bienes o servicios de interés para la administración y a través de ella, del Estado, es decir, del interés general.

Para algunos tratadistas licitar en su sentido etimológico es sinónimo de subastar. A decir de la autora del "Estudio de la Licitación" Loraine Cabrera[76] El origen de la palabra licitación es un hecho difícil de describir, y menciona en cuanto a los orígenes de esta figura que:

> "Licitar, en su sentido etimológico, es sinónimo de subastar; término que viene de los árabes cuando vendían "sub-hasta": bajo el asta o lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato negociado".

La licitación de manera general constituye un procedimiento precontractual reglado, mediante el cual la Administración Pública invita con amplitud a quienes estuvieren en capacidad para que en un proceso trasparente, sujetándose a los requerimientos constantes en los pliegos o documentos precontractuales, formulen propuestas, las cuales serán analizadas, seleccionadas y eventualmente objeto de adjudicación por la entidad contratante siempre que esa decisión recaiga en favor de la oferta más conveniente para los interesas institucionales; es decir a la que ofrezca positivamente las mejores condiciones técnicas y mejor precio para la contratación propuesta.

Para *Roberto Dromi***:**

> **"**la licitación es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de

[76] CABRERA, Loraine. Licitación Pública: ¿CONTRATO O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?.Pág. 1

condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato[77]"

Para el tratadista *Jaime Vidal Perdomo*:

"la licitación es un concurso mediante el cual la administración escoge el Contratante que mayores ventajas le ofrezca. Tiene por objeto dar a todas las personas oportunidad de contratar con el Estado, y tiende, por lo tanto, a hacer desaparecer cualquier privilegio a favor de persona determinada".[78]

Finalmente, la definición que a nuestro juicio es la más completa es la que propone Sayagués Laso, debido a que encasilla a la licitación como un procedimiento abierto, toda vez que la invitación hecha por la Administración Pública se dirige a personas indeterminadas, de tal manera que el número de oferentes que puedan concurrir a formular sus ofertas no se encuentre limitado, ya que puede hacerlo cualquier interesado que reúna los requisitos legales.

Sayagués Laso:

"La licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones[79]"

[77] Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires, editorial de Ciencia y Cultura, 1998, pag. 358.
[78] Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Bogotá, editorial el Greco, 1975, pag. 459.
[79] LASO, Sayagués Enrique, La licitación Pública, Montevideo, reedición, B de F, 2005

Por otra parte, una característica importante de la licitación pública, es que distintos autores la definen como sistema restrictivo de selección del co-contratante de la Administración Pública, es decir, solo es obligatoria cuando su tramitación se encuentra impuesta por la norma jurídica y para las materias que específicamente se prevea, ya que de no ser así no se puede exigir su realización, así es como lo determina *Manuel Lucero Espinoza.*[80]

Refiriéndonos a los antecedentes de la licitación en nuestro país mencionaremos que, en 1823 se tomaría como punto de partida de la licitación a la *Ley de Concesiones,* siendo su característica principal el que, los habitantes de los alrededores de la capital colaboraban en la ejecución de una obra. Posterior a esta ley citaremos la Ley de Reparación de Puentes y Caminos en el año 1832, que también tenía como característica el aporte de los pobladores de la zona. Posterior a lo relatado en el año 1928, nace el reglamento de licitaciones en el cual se daban dos aportes fundamentales siendo estos:

1. Prohibiciones de direccionamiento a las adjudicaciones de los pliegos.

2. Se hizo efectiva la necesidad de emitir informes previos que a la época lo emitía el Consejo Nacional de Economía. En el año 1976 se hizo evidente la necesidad de expedir una Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas, que fue reformada posteriormente en los años de 1977 y 1978.

En junio de 1984 se expide la Ley No. 165 y, posteriormente, el 16 de Agosto de 1990, se expide la Ley de Contratación Pública No. 95, y se publica en el Registro Oficial No. 501, aunque dicha ley fue codificada once años después, y publicada en el Registro Oficial No 272 del 22 de Febrero del 2001.

Finalmente, la ley actual que se emitió en el año 2008 mediante aprobación de la Asamblea de Montecristi, se publicó en el Registro oficial No 395, de 4 de agosto del 2008.

[80] ESPINOZA, Manuel Lucero. Teoría y práctica del contencioso administrativo. Serie: Biblioteca Jurídica Porrúa. Pág.83.

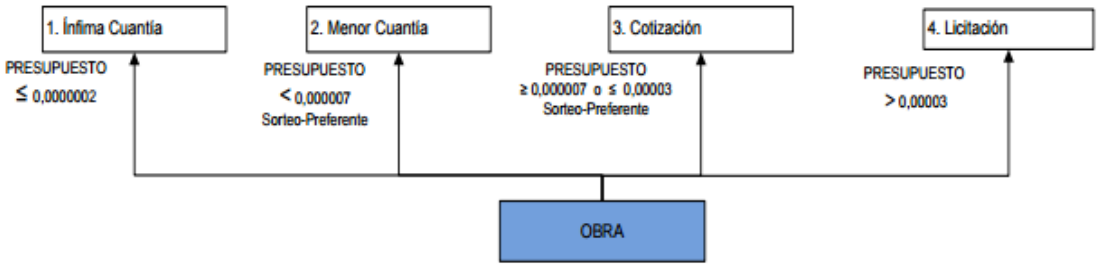
Dicho cuerpo legal en su artículo 48 cataloga a la licitación bajo estos términos:

> "Art. 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:
>
> 1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
>
> 2. Para contratar la adquisición de **bienes o servicios no normalizados**, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
>
> 3. Para contratar la **ejecución de obras**, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, (el texto en negrita me pertenece). [81] (Lo resaltado es de la autora)."

Ya en materia del procedimiento, de acuerdo al artículo 49 del RLOSNCP, la convocatoria a licitación deberá publicarse en el Portal www.compraspublicas.gov.ec y contendrá la información que determine el SERCOP.

[81] Art. 48 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

Los montos y secuencia con base a la cual se selecciona el procedimiento de contratación de obras de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General son los siguientes:



Para el caso de nuestro de estudio, el procedimiento de licitación que abordaremos es el utilizado para la contratación de ejecución de obras, cuya aplicación se dará cuando la cuantía sobrepase al monto equivalente al 0,00003 del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. El monto de contratación para el año 2015 fue de mayor o igual a $ 783.278,11 para obras.

Las "Fases o etapas para Adquisición de Obra Pública – Licitación", comprende lo siguiente:

Fase de Creación del Proceso de licitación.

La creación de un Proceso de Contratación de Licitación, está a cargo de las Entidades Contratantes e involucra los siguientes pasos:

Paso 1.- Información básica
Paso 2.- Selección de Productos
Paso 3.- Parámetros de Calificación
Paso 4.- Plazos y Fechas
Paso 5.- Anexos Invitaciones.

En la fecha de publicación del proceso, el Sistema envía de manera automática una invitación para participar en el proceso de contratación de licitación; siempre y cuando

se esté registrado en el RUP. Los proveedores tiene la responsabilidad estar pendiente del Sistema y revisar si fue invitado a participar al proceso de contratación.

Fase Preparatoria

La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la **Comisión Técnica** requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos.

La fase preparatoria se inicia con la integración de la Comisión Técnica. Todo proceso de licitación presupone la conformación obligatoria de esta Comisión, integrada de acuerdo al artículo 18 del Reglamento General de la LOSNCP de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Esta Comisión está encargada del trámite del proceso y la elaboración de los pliegos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 49 de la LOSNCP. Pero en las etapas de la contratación pública, le precede la de planificación, con el Plan Anual de Contrataciones PAC, como explicaremos a continuación:

¿Qué contiene la Fase Preparatoria?

- Plan Anual de Contrataciones.- [82]deben constar en el PAC conforme al Art. 22 de la LOSNCP.

[82]Fuente "Manual de Contratación Pública". Subsecretaría de Gestión Estratégica e Innovación. 2011.
Plan Anual de Contrataciones (PAC) es la lista de bienes, servicios, obras y consultoría que la entidad ha planificado adquirir en cada año. El PAC está disponible en formato hoja de cálculo en la Dirección Financiera de la Institución y en la página www.compraspublicas.gob.ec link "Ver Planes Anual de Contratación" (botón ubicado en la parte derecha de la página), donde debe hacerse click en "Buscar Entidad" y poner el nombre de la institución. El PAC original se elabora el año anterior y se publica hasta el 15 de enero de cada año. Debido a la dinámica de la institución, el PAC puede reformarse por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada, que se publica en el portal. El PAC contiene todas las contrataciones, excepto: Las de emergencia.

- Estudios.- Se debe disponer de especificaciones técnicas conforme al Art. 23 de la LOSNCP.

-Presupuesto.- Certificar la disponibilidad presupuestaria conforme al Art. 24 LOSNCP.

-Pliegos.- Elaborar los pliegos conforme Art. 27 LOSNCP. (en consonancia con las políticas y convenio con el BID).

-Comisión Técnica.- Conformar la comisión técnica de acuerdo a lo establecido en el Art. 18 del RLOSNCP.

Fase Precontractual.

La Fase Precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

La siguiente matriz[83] define y simplifica de manera global las entradas al proceso de la "Fase Precontractual de la Contratación de Obras", su actividad principal, el resultado de su ejecución y el proceso que se utiliza, en este caso licitación.

Proveedor	Entrada		ACTIVIDADES ENTIDAD CONTRATANTE		Salida	Cliente
Proceso de Planificación de la contratación	Pliegos y Resolución de aprobación de Pliegos.		Ejcución de la contratación por; **Procedimiento de** Licitación		Contrato Suscrito, o instrumento utilizado	Proceso de Cierre de la Contratación

[83] "Manual de Contratación Pública del Proceso de la Fase Precontractual de Obras. Subsecretaría de Gestión Estratégica e Innovación. De 09/05/2011.

Las etapas de la Fase Precontractual, muestran cada una de las actividades que la Entidad Contratante y los Proveedores realizan en forma interactiva a través del Portal Compras Públicas.

El alcance del proceso de la "Fase Precontractual de la Contratación de Obras" abarca el conjunto de actividades o etapas requeridas desde la publicación de los pliegos y la resolución de aprobación de pliegos, hasta la suscripción del Contrato. Ellas son:

Etapa 1: Preguntas, Respuestas y Aclaraciones.

Luego de la publicación del proceso, y si hay invitación a participar en el mismo, se puede formular preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos del proceso, a la Entidad Contratante. Cabe acotar que las preguntas, aclaraciones y respuestas en caso de existir, se presentarán únicamente a través del Portal Compras Públicas.

Etapa 2: Entrega de Ofertas

Después de presentar preguntas y recibir las respuestas, se debe ingresar la oferta económica y archivos relacionados en el Portal COMPRAS PUBLICAS; además se debe entregar la oferta completa (oferta técnica + impreso de la oferta económica enviada a través del Sistema) de manera física en la Entidad Contratante. Cabe recalcar que tanto la oferta técnica como el impreso de envío de la oferta económica, deben ser entregados en sobrecerrado para no develar con anterioridad el monto de la propuesta.

Preguntas y Oferta Técnica (Formularios) debe ser entregada dentro de la fecha y hora límite de Respuestas hasta antes de la Fecha y hora límite de Entrega de Propuestas. Anexando a los documentos la Impresión de la "Oferta Económica" enviada a través del Sistema.

Etapa 3: Convalidación de Errores de Forma

Después que ha enviado su propuesta, la Entidad Contratante debe revisar detenidamente la documentación y, de requerirse, solicitar la convalidación de errores

de forma (Art.23 RGLOSNCP[84]), en cuyo caso la Entidad Contratante debe definir la fecha de respuesta a dicha solicitud y ratificar o ampliar la fecha estimada de adjudicación, a través del Portal. Los Proveedores tienen también la obligación de responder a la solicitud de convalidación enviada a través del Portal.

Etapa 4: Calificación de Ofertas

Solo después de ingresar a la etapa de calificación, la Entidad Contratante podrá ver la oferta económica que ingresó al Sistema y podrá evaluar los parámetros de calificación definidos en el proceso de contratación. Los parámetros de calificación de Participación Nacional lo debe incluir de manera obligatoria la Entidad Contratante y su valoración es de 10 puntos. Ello se analizará más detenidamente más adelante en la parte correspondiente a este capítulo.

ETAPA 5: Adjudicación

Después de la Calificación de Ofertas, la Entidad Contratante realizará la adjudicación del proceso al Proveedor que cumpla con todos los requerimientos técnico-económicos del proceso; es decir al Proveedor que presente la mejor oferta. Una vez recibida la notificación de adjudicación a través del Portal, se procederá con la suscripción del contrato dentro del término de 15 días.

Fase Contractual

La Fase Contractual hace mención a los pasos posteriores que la Entidad Contratante y el Adjudicatario deben cumplir después de la respectiva adjudicación del proceso de contratación.

[84] Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial No. 588 RO No. 916, 20 de marzo del 2013.
Art. 23.- 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.

1.- Firma del Contrato

2.- Ejecución del Contrato

3.- Entrega y Recepción

Suscripción de los contratos.

El Art. 69 de la LOSNCP establece para la suscripción de los contratos, que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación, y los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público.

Para analizar la Contratación Pública con fondos del BID, es necesario determinar cómo en la práctica se incorporan estas dos normativas en la fase precontractual.

Por una parte están la Ley y el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que describen las fases Preparatoria y Precontractual de la licitación que ya hemos mencionado, y, por otra parte, las normas del BID que imponen que se observen los documentos estándar para adquisición de bienes y ejecución de obras, que constan el texto signado con el número GN-2349-9. Para ello el SERCOP y el BID determinaron la metodología aplicarse dentro del "Manual de Entidades" denominado **"USO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PROYECTOS FINANCIADOS POR EL BID".**[85]

El antecedente para la expedición de este documento, se sustenta en la "Guía para la Aceptación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones", documento GN-2538-6, [86]que establece los requisitos del Sistema de Adquisiciones que establece el Banco Interamericano de Desarrollo.

Para ello, y a solicitud del gobierno del Ecuador, el Banco realizó un análisis del SNCP usando el procedimiento desarrollado en la mencionada Guía, con el fin de determinar

[85] SERCOP. Manual de Entidades. Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en proyectos financiados por el BID. Octubre 2014.

[86] Documento Políticas del BID. "Guía para la Aceptación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones", documento GN-2538-6.

las modalidades de adquisición y contratación que pudiesen ser utilizadas en las operaciones financiadas por el Banco en el Ecuador.

El resultado de dicho análisis se recogió en el "Informe para la aceptación del Uso del Sistema Nacional de Adquisiciones de Ecuador[87]", y, posteriormente se elaboró el documento "Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en proyectos financiados por el BID".

De acuerdo con este informe el SNCP cumple con la gran mayoría de las prácticas internacionales y con los requerimientos específicos establecidos en la Guía, de modo que el mencionado documento puede ser utilizado para las modalidades definidas en el informe.

En este sentido, y siguiendo las disposiciones establecidas en esta Guía, el ámbito de aplicación del SNCP en proyectos financiados por el Banco se adscribe a los contratos de suministro de bienes y servicios diferentes a los de consultoría, y de **construcción de obras** que tengan un costo estimado inferior al monto fijado por el Banco para el Ecuador correspondiente a la Licitación Pública Internacional1 (LPI).

Ya lo habíamos mencionado previamente, que este tipo de acuerdos funcionan o aplican para aquellos proyectos que no califiquen para Licitación Pública Internacional. Todos los montos que no estén en el umbral dispuesto por el BID para este tipo de Licitación pueden ser llevados a cabo por la Licitación Pública Nacional.

Dentro de los acuerdos, se determina el uso de modelos de pliegos estándar para licitación de adquisición de bienes y obras, que han sido preparados por la representación del Banco Interamericano de Desarrollo en Ecuador para la Licitación Pública Nacional (LPN) en los proyectos financiados total o parcialmente por el Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Estos modelos de pliegos establecidos para "Contratación de Obra Pública financiada por el BID Bajo modalidad de Licitación Nacional", son:

[87] Informe Acuerdo para el Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador en proyectos financiados por el BID. LEG/SGO-EC-BIDODCS-38786012. 2014.

Documentos:

0-Indice-Pliego-Licitación-Obra BID

1-Condiciones-Particulares-LICO BID

2-Condiciones Generales Licitación-Obras BID

3-Formularios LICO BID

4-Condiciones-Particulares-del-Contrato-LICO BID

5-Condiciones-Generales-del-Contrato-Obras BID

Ellos son el medio por el cual el prestatario informa a los interesados sobre los requisitos y condiciones relativos a una determinada licitación. La claridad de estos documentos es de especial importancia y, deben indicarse claramente los criterios para la evaluación y comparación de las ofertas.

Estos documentos a los que hacemos referencia son consistentes con las Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, como resultado de acuerdos entre autoridades del Banco y del gobierno ecuatoriano, los mismos que buscan acciones encaminadas a la definición de documentos estándar para Ecuador, autorizándose su uso en procedimientos de contratación realizados con recursos del Banco.

El uso de estos Documentos Estándar para Ecuador es obligatorio para todos los procesos sujetos a Licitación Pública Nacional, de conformidad con los procedimientos acordados en el Contrato de Préstamo, en el Plan de Adquisiciones, y como se define en la Sección III del Documento GN-2349-9.

Cuando Ecuador suscribe convenios con el BID acuerda también sujetarse a estos documentos para incluirlos en su esquema de operaciones de adquisiciones para obra pública.

Estos Documentos Estándar de LPN han sido preparados para ser utilizados por los Prestatarios en la adquisición de bienes. Este sistema es utilizado cuando la licitación va a financiarse exclusivamente con moneda local del préstamo del Banco; exclusivamente con fondos propios del prestatario; o con una combinación de fondos propios y moneda local del préstamo.

El procedimiento estándar para contratar bajo Licitación Pública Nacional debe contener lo siguiente en los documentos de licitación a modo de referencia:

SECCIÓN I. INSTRUCCIONES A LOS OFERENTES (IAO)

1. Alcance de la Licitación Pública Nacional
2. Fuente de fondos
3. Prácticas Prohibidas -- *[Esta cláusula por ejemplo es exclusiva para contratos de préstamo firmados bajo política GN-2349-9, debido a la gran importancia que tiene para el BID altos niveles éticas entre los participantes]*
4. Oferentes elegibles -- [Esta *cláusula también es exclusiva para contratos de préstamo firmados bajo política GN-2349-9, puesto que el BID dispone que el oferente debe ser originario de países miembros del Banco, o de lo contrario serán descalificados de participar en contratos financiados en todo ye en parte.*]
5. Elegibilidad de los Bienes y Servicios Conexos

CONTENIDO DEL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES DE LA LICITACIÓN

6. Secciones del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación
7. Aclaraciones al Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación
8. Enmiendas al Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación

PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS

9. Costo de la Oferta
10. Idioma de la Oferta
11. Documentos que componen la Oferta
12. Formularios de la Oferta y Lista de Precios
13. Ofertas Alternativas

14. Precios de la Oferta y descuentos
15. Moneda de la Oferta
16. Documentos que establecen la elegibilidad del Oferente
17. Documentos que establecen la elegibilidad de los Bienes y Servicios Conexos
18. Documentos que establecen la conformidad de los Bienes y Servicios Conexos
19. Documentos que establecen las Calificaciones del Oferente
20. Período de Validez de las Ofertas
21. Garantía de Mantenimiento de la Oferta
22. Formato y firma de la Oferta

PRESENTACIÓN Y APERTURA PÚBLICA DE LAS OFERTAS

23. Presentación, sello e identificación de las Ofertas
24. Plazo para presentar las Ofertas
25. Ofertas Tardías
26. Retiro, sustitución y modificación de las Ofertas
27. Apertura Pública de las Ofertas

EVALUACIÓN Y COMPARACIÓN DE LAS OFERTAS

28. Confidencialidad
29. Aclaración de las Ofertas
30. Cumplimiento de las Ofertas
31. Diferencias, errores y omisiones
32. Examen preliminar de las Ofertas
33. Examen de los términos y condiciones. Evaluación Técnica
34. Conversión a una sola Moneda
35. Preferencia Nacional
36. Evaluación de las Ofertas
37. Comparación de las Ofertas
38. Pos calificación del Oferente
39. Derecho del Comprador a aceptar y rechazar la Oferta o todas las Ofertas

ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

40. Criterios de Adjudicación
41. Notificación de la Adjudicación del Contrato
42. Firma del Contrato
43. Garantía de Cumplimiento del Contrato

3.1.3.- Método de evaluación - Parámetros para la evaluación de las ofertas – Licitación.

La evaluación de las ofertas está encaminada a proporcionar una información imparcial sobre si una oferta debe ser rechazada y cuál de ellas es la más conveniente a los intereses de la contratación. Primero se analizará si las ofertas cumplen los requisitos mínimos y legales indispensables y otros.

La licitación incluye a la libre concurrencia de ofertantes, la misma que permitirá a la Administración Pública conocer en realidad cuál será el proponente que ofrece el mejor costo y con ello escoger al más idóneo.

Pues bien, la admisión de las ofertas constituye un acto de la Administración cuyo objeto es admitir a los licitadores a la fase de evaluación de sus ofertas. Terminada la apertura de ofertas la Comisión Técnica de ser necesario nombra a una subcomisión de apoyo, la que procede a la calificación de conformidad con los parámetros y principios de valoración que conste en los pliegos.

El informe presentado por la Subcomisión en ningún caso es vinculante para la Comisión Técnica, pues ésta puede ratificar o rectificar lo establecido por aquélla.

Respecto a los factores de valoración el tratadista Benjamín Herrera, manifiesta:

> "Los factores de ponderación que se incluyan en los pliegos deben ser neutrales, objetivos y proporcionados."[88]

Las entidades contratantes deben acoger los parámetros de evaluación previstos por el SERCOP, pudiendo escoger adicionalmente otros que respondan a la necesidad, naturaleza y objeto de cada procedimiento de contratación; los que serán analizados y evaluados al momento de la calificación de las ofertas.

[88] Benjamín Herrera Barbosa, Contratos públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, reimpresión, Bogotá Colombia, 2004, pag. 220.

El RGLOSNCP menciona como será la evaluación de las ofertas presentada por la Comisión Técnica, la misma que es la encargada de que las ofertas se cumplan según los parámetros establecidos en los pliegos.

> Art. 54.- Método de evaluación de las ofertas.- La Comisión Técnica revisará que las ofertas cumplan los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y rechazará aquellas que no den cumplimiento a los mismos. La evaluación de las ofertas se efectuará aplicando los parámetros de calificación previstos en los pliegos. La evaluación de una oferta comprende tanto la referida a la propuesta técnica como a la propuesta económica. La oferta evaluada como la mejor será aquella que obtenga el mejor costo de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la Ley.

El SERCOP[89] determina también a la evaluación de ofertas de acuerdo al siguiente método previsto en el modelo de pliegos publicados.

En el caso de evaluación para una **licitación de obras** el Método es el siguiente

> **Método de evaluación de las ofertas**: De manera general, la evaluación de las ofertas se encaminará a proporcionar una información imparcial sobre si una oferta debe ser rechazada y cuál de ellas cumple con el concepto de mejor costo en los términos establecidos en el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP.
>
> Se establecen para ello dos etapas:
>
> La primera, en la que se analizan los documentos exigidos cuya presentación permite habilitar las propuestas ("cumple o no cumple" o "check list"), que posteriormente serán calificadas con base en los parámetros de calificación establecidos en el proceso, que constan en el Portal. La entidad contratante, bajo su responsabilidad, deberá asegurar que los parámetros de calificación publicados en el portal hayan sido los realmente utilizados en el proceso.

[89] Modelo de Pliegos de los Procedimientos de Contrtación de Bienes y/o Servicios Versión SERCOP 1.1 (20 de febrero 2014).

Los siguientes parámetros serán evaluados con base en la metodología "cumple o no cumple":

- La disponibilidad del equipo mínimo propuesto, de acuerdo al anexo de condiciones específicas que ha propuesto la entidad contratante.
- El cumplimiento de parámetros o índices financieros mínimos, previamente establecidos por la entidad contratante, siempre y cuando este parámetro sea indispensable para realizar la obra y los índices propuestos no impidan de manera ilegítima la concurrencia de proveedores al proceso.
- El personal técnico mínimo requerido, de acuerdo a lo señalado por la entidad contratante (no se considera en este caso la experiencia de ese personal, que sí podría evaluarse con la metodología de puntos).

Aquellas ofertas que cumplan, pasarán a la etapa de evaluación de ofertas.

Los parámetros de evaluación son referenciales, ello quiere decir que son individualizados para cada caso, en función de las prioridades de la entidad contratante. El parámetro de participación nacional es de aplicación obligatoria y la valoración será fija en función de los valores que constan en el cuadro siguiente:

PARÁMETROS DE EVALUACIÓN	PUNTAJE
OFERTA ECONÓMICA	Xx
CUMPLIMIENTO DE ESPECIFICACIONES TÈCNICAS	Xx
PARTICIPACIÓN NACIONAL	10*
SOPORTE TÉCNICO (de ser el caso, a modo de ejemplo)	Xx
….parámetro de acuerdo a objeto de contrato	Xx
TOTAL	**100**

Hay que diferenciar la "preferencia" propiamente dicha de la inclusión en los pliegos de condiciones de porcentajes de participación nacional, como en el caso de la desagregación tecnológica. Si se trata de una "preferencia" simplemente, esta se traducirá en una mayor ventaja al frente de otras ofertas que tengan iguales

características en otros aspectos. Por ejemplo frente al mismo precio y las mismas características técnicas, se optará por la oferta que contenga el "margen de preferencia". Distinto es el caso de la inclusión en los pliegos precontractuales de porcentajes específicos de "proporción mínima" de participación local, puesto que las propuestas que no acojan estas condiciones incurrirán en la causal de rechazo de la oferta.

Así mismo, para aplicar el criterio de mejor costo previsto en el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP, por regla general, se debe adjudicar a la oferta que obtenga el mejor puntaje de acuerdo a los parámetros de valoración que combinen los aspectos técnicos, financieros, legales y económicos de las ofertas.

PARAMETROS DE VALORACION	
(EJEMPLO)	**PUNTAJE MÁXIMO**
1.- Oferta Técnica:	
a) Experiencia en trabajos **similares**	
b) Metodología y cronograma de ejecución del proyecto	
c) Experiencia personal técnico	
d) Participación nacional	10
2. Oferta económica:	40 – 55 *
Total	**100**

4.

5.

* Para este punto (40 – 55), el parámetro recomendado para la valoración de la oferta económica puede ser de mínimo cuarenta por ciento (40%) y máximo de cincuenta y cinco por ciento (55%) de la calificación global.

Si la metodología de ejecución de los trabajos se califica, se recomienda un puntaje máximo para esta variable de cinco por ciento (5%). Si la entidad contratante decide valorar la maquinaria o equipo requerido para realizar la obra, se atenderá a la disponibilidad y no a la propiedad e dicha maquinaria o equipo. Si la entidad contratante decide valorar la experiencia en trabajos similares, se atenderá a las siguientes reglas:

- Se entenderá por obra similar la que tenga características y exigencias similares al proyecto de la convocatoria.
- Si se valora la experiencia con relación al tiempo, no podrá solicitarse experiencia mayor a diez años, ni menor a tres.
- Si se valora la experiencia con relación a montos de ejecución de obra, el oferente deberá justificar al menos el 60% de presupuesto referencial del proyecto de la convocatoria.
- Para valorar la experiencia, se tomará en cuenta también aquella obtenida por el oferente en situación de dependencia laboral, tanto en el ámbito público como en el privado, para lo cual se solicitará los documentos de sustento.

3.1.4.- Parámetros de calificación.

En los procesos de contratación de licitación de obras, la Entidad Contratante considera a los siguientes parámetros de calificación de propuestas en base a: "Experiencia en trabajos similares", "Metodología y cronograma de ejecución del proyecto" y "Experiencia personal técnico". Ello lo hacen con una valoración máxima de 10 puntos.

Al respecto el artículo Art. 54 del RLOSNCP determina cuál será el método de evaluación de las ofertas. El mismo menciona que:

> "Art. 54.- Método de evaluación de las ofertas.- La Comisión Técnica revisará que las ofertas cumplan los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y rechazará aquellas que no den cumplimiento a los mismos. La evaluación de las ofertas se efectuará aplicando los parámetros de calificación previstos en los pliegos. La evaluación de una oferta comprende tanto la referida a la propuesta técnica como a la propuesta económica. La oferta evaluada como la mejor será aquella que obtenga el mejor costo de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la Ley".

Solo después de ingresar a la etapa de calificación, la Entidad Contratante podrá ver la oferta económica que ingresó al Sistema y podrá evaluar los parámetros de calificación definidos en la creación del proceso de contratación. Los parámetros de calificación de Participación Nacional lo debe incluir de manera obligatoria la Entidad Contratante.

"Art. 55.- Término para la evaluación de las ofertas.- La evaluación será realizada por la Comisión Técnica luego del cierre de la apertura de ofertas en un término no mayor a diez (10) días. Si la complejidad de la contratación lo exige, la entidad contratante podrá establecer en los pliegos un término adicional de cinco (5) días".

Los criterios de selección de las ofertas son importantes ya que son los que permiten calificarlas, de acuerdo a la autora Dra. Narda Soria, [90] ellos pueden ser cuantitativos u objetivos y cualitativos o subjetivos, lo explicamos a continuación:

Aparte de estas valoraciones la Comisión Técnica tiene ciertos criterios de calificación y selección, los mismos que permiten calificar las ofertas. Ellos son cuantitativos u objetivos y cualitativos o subjetivos:

De acuerdo a esta clasificación, son **cuantitativos,** en cuanto a la determinación de la mejor oferta tomando en cuenta el precio, tiempo, peso, dimensión, rendimiento por equipamiento, número de personas y equipos aplicados al servicio, unidades de bienes y servicios prestados con anterioridad al proceso, capacidad económica de la empresa, etc.; objetivo, significa que debe valorarse aquello que se va a contratar y no puede apelarse a factores como el afecto, amistad y cualquier otra consideración personal.

Son cualitativos la experiencia adquirida con anterioridad por el oferente, establecer si el objeto del contrato es compatible con el objeto de la empresa, ofrecimiento sustentado de una mejor asistencia técnica, mayor facilidad para obtener repuestos o mantenimiento, etc. El término que tiene la Comisión Técnica para calificar las ofertas no debe exceder los diez días, si la complejidad del caso lo amerita la entidad contratante establecerá en los pliegos un término adicional de 5 días. En la evaluación la Comisión Técnica debe estudiar las ofertas y en el informe debe detallar el grado de cumplimiento de los requisitos exigidos y establecer un orden de prelación.

[90] SORIA Galarza Narda Dra. El procedimiento precontractual de licitación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2011. Pág. 47.

Una vez hecho este análisis de ponderación, la Entidad Contratante elaborará un acta de calificación que será subida al portal de compras públicas, con lo que finaliza el proceso de evaluación. Concluida la evaluación, el informe será puesto en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado con observación y recomendación expresa de adjudicar el contrato o declarar desierto el proceso. En el caso que el Sistema indique a la Entidad Contratante que no existen ofertas, esta deberá declarar desierto el Proceso.

Es importante recordar que existen tres parámetros de calificación obligatorios en todos los procesos:

a) Participación Nacional;
b) Oferta económica; y,
c) Cumplimiento de especificaciones técnicas, entendiéndose que la Participación Nacional se califica cuando el llamado a ofertar está dirigido a personas extranjeras y nacionales.

3.2. Convenios y Políticas Internacionales para financiamiento de Obra Pública versus Ley Nacional aplicable. LICITACIÓN: ¿Cuál es la ley Aplicable? Nacional o bajo Convenio.

Las organizaciones internacionales son entidades con autoridad, creadas por los Estados. En las mismas, los Estados participan como miembros y dan origen a normas de cooperación. Cabe aquí aclarar que los Estados distan de ser sólo partes del tratado constitutivo de las organizaciones internacionales, sino también miembros, que significa que están sometidos a la organización en el ejercicio de sus funciones. Las organizaciones internacionales tienen incidencia sobre los caracteres del Derecho Internacional, Administrativo y contemporáneo, pues entre sí limitan y modulan la creación de las normas, su interpretación y aplicación.

Barboza [91](1999) define a las organizaciones internacionales como:

> "Asociaciones de Estados que adoptan una estructura orgánica permanente."

[91] BARBOZA, Julio. Manual de Derecho Internacional Público. Pág. 67.

Según el autor, las organizaciones internacionales poseen cuatro rasgos propios: están conformadas esencialmente por Estados; son creadas por un tratado o acuerdo multilateral, o a través de una resolución de una organización internacional ya existente; poseen una estructura orgánica que es permanente; Y tienen personalidad jurídica propia.

Un organismo multilateral es una organización internacional. Pero cabe aclarar que lo que lo diferencia es que está conformado por tres o más Estados. Ya hemos recalcado que los organismos multilaterales son resultado de tratados entre Estados y pueden ser de carácter financiero (FMI, BIRF, BID, Banco Asiático de Desarrollo, etc.), y por supuesto no financieros como (ONU y sus organizaciones especializadas, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, etc.) o regional (la Unión Europea, la OEA, etc.).

La forma en que ambos se conjugan, Estados y Organismos Internacionales de Crédito, se da cuando se crean relaciones de cooperación, así mismo también cuando el o los países miembros que suscriben convenios, necesitan capital cuando no pueden cubrir con sus propios medios internos el financiamiento o la compra de obras, bienes o servicios. Nuestra constitución contempla esta posibilidad en su artículo 290:[92]

> "Art. 290.- (Constitución).- El endeudamiento público se sujetará a las siguientes regulaciones:
>
> 1. Se recurrirá al endeudamiento público sólo cuando los ingresos fiscales y los recursos provenientes de la cooperación internacional sean insuficientes.
>
> 2. Se velará para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza.

[92] Constitución Política de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Art. 290. El Endeudamiento Público.

> 3. Con endeudamiento público se financiarán exclusivamente programas y proyectos de inversión para infraestructura, o que tengan capacidad financiera de pago. Sólo se podrá refinanciar deuda pública externa, siempre que las nuevas condiciones sean más beneficiosas para Ecuador."

Actualmente el manejo de los convenios en las entidades estatales reviste una gran importancia, ya que a través de estos se consolidan alianzas con particulares u otras entidades públicas que les permiten a aquellas cumplir sus funciones y alcanzar los fines para los cuales fueron constituidas. Por esta razón, es fundamental que para la elaboración, ejecución y liquidación de los convenios, se tenga presente el concepto mismo de convenio; su naturaleza jurídica; la tipología de los convenios manejados por la entidad; el marco normativo en el cual se desarrollan, de tal forma que el mismo se ajuste plenamente a las necesidades de la entidad y a la normatividad aplicable según el caso.

Hemos venido recalcando en este trabajo, que las contrataciones que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales, están previstas en la Codificación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 3. Dicho artículo es muy claro al expresar que lo **no** previsto en el convenio se lo suplirá con la ley nacional.

Tanto en este tipo de convenios como en la Ley Nacional se establecen distintos procedimientos, de acuerdo a la cuantía, en los cuales existen procesos de selección bien definidos y son identificados por nombres especiales, tales como la llamada Licitación Pública Nacional, procedimiento dispuesto por el BID y la Licitación Pública determinada en el artículo 49 de la LOSNCP.

Pues bien, lo anteriormente dicho va de la mano con el cómo se efectúa el procedimiento en la práctica, ello quiere decir que, la licitación es un procedimiento precontractual adquisitivo, que se efectúa conforme a los procedimientos de Licitación Pública Nacional (LPN) establecidos en la publicación del BID titulada "Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)- GN-2349-9", misma que está abierta a todos los oferentes de la República del Ecuador, según se definen en los documentos de licitación que la entidad ha determinado.

La LPN puede constituir el método de contratación preferido cuando no se espera que los oferentes extranjeros manifiesten interés ya sea debido a que:

(a) los valores contractuales son pequeños;
(b) se trata de obras geográficamente dispersas o escalonadas en el curso del tiempo;
(c) las obras requieren una utilización intensiva de mano de obra; o
(d) los bienes u obras pueden obtenerse o contratarse localmente a precios inferiores a los del mercado internacional.

En general, los procedimientos de la LPN pueden utilizarse también cuando sea evidente que las ventajas de la Licitación Pública Internacional quedan ampliamente contrarrestadas por la carga administrativa y financiera que ella supone.

En cuanto a las condiciones contractuales y cuál es el método precontractual a utilizarse, es apropiado analizar la naturaleza jurídica de las operaciones del BID, refiriéndose este concepto a aquellas obras financiadas por esta entidad. En general se establece que los contratos deben especificar con claridad el procedimiento que se quiera establecer y cuál será la ley aplicable para las partes. El cumplimiento de las reglas, principios y políticas del convenio es obligatorio para todas las entidades contratantes del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como también para los proveedores de bienes, obras o servicios, ya sean personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de nacionales o extranjeros, y además para los organismos del Estado que utilizan el crédito para el ámbito de sus competencias dentro de la Contratación Pública.

Vemos que coexisten las dos normativas sin alteración o contraposición. Ambas, tanto Ley Nacional y el convenio sobre el cual se apruebe la suscripción de un crédito para la contratación de obra pública, pretenden establecer un procedimiento aplicable para determinado fin. Las dos, BID y Administración Pública, establecen montos base y características similares al momento de contratar obra bajo licitación pública. No obstante, las normas contenidas en la LOSNCP y del convenio deben ser bastante claras y adecuadas para satisfacer los intereses de las partes al momento de la contratación, al

mismo tiempo, que se deberá establecer cuál es el método precontractual que se requiere al momento de celebrar el contrato.

En definitiva, el convenio y contrato de crédito determinan el método precontractual de adquisiciones de obra que deba aplicarse, ello será ley para contratante y beneficiario como en cualquier contrato.

3.2.1.- Posibles vacíos legales en la legislación interna: Aplicabilidad de Políticas BID y normas a implementar en Ecuador.

La seguridad jurídica, inmaterial o formal, como también se la llama, no consiste sino en la certeza del imperio de la Ley; esto es, de acuerdo a la Dra. Ana María Rosero: [93]

> "La garantía de que el ordenamiento jurídico será aplicado de manera objetiva".

Es además, un principio fundamental del Estado de Derecho, que se traduce en el aval que éste ofrece a toda persona de que serán respetados sus derechos consagrados en la Constitución y en las leyes, y, que por tanto no serán alterados o vulnerados posteriormente, contraviniendo la norma jurídica en virtud de la cual han sido adquiridos; es, por tanto, un **bien colectivo.**

Partiendo del tema de la seguridad jurídica para desentrañar la importancia de esta figura en la contratación pública, especialmente por lo importante del tema en cuestión, consideremos importante la opinión del profesor Manuel Ossorio, por tratarse de la tesis que más se ajusta al objetivo del análisis de este capítulo.

> "La seguridad jurídica es una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley**,** de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones

[93] ROSERO Ana María, La seguridad jurídica en el Ecuador. Contribución de la Procuraduría General del Estado. Quito. IAEN. 2003. Pág. 167.

sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio".[94]

Partiendo de lo anteriormente expuesto, vemos que nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico tiene disposiciones de derecho público que son claras para la contratación estatal, las cuales deben están definidas y adecuadamente articuladas dentro de los respectivos contenidos normativos, en pro de la legalidad, trasparencia y conveniencia del gasto, ya que el contratar créditos con fondos del exterior implica endeudamiento público.

El Art. 3 de la LOSNCP, se presentan en el marco de la contratación pública ecuatoriana, esto es, de la norma jurídica que regula el procedimiento administrativo a seguir por las entidades públicas, para contratar bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría.

Es decir, desde la óptica de los recursos vinculados a la contratación estatal, siempre que los recursos provengan de los agentes externos previamente detallados y fueren percibidos por el erario nacional para sus correspondientes desembolsos, prima en definitiva lo estipulado en dicho convenio.

Por ello mismo, "*toda interpretación en contrario del artículo 3, únicamente podría propiciar una ejecución legal extraña a la realización de los fines del Estado".*

Ahora bien, como acertadamente lo expresa la Ley que debe existir convenio previo para que estos financiamientos sean aplicables, lo cual encuentra justificación en el hecho de que Ecuador hace parte de esos organismos internacionales, y específicamente del BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente

Lo que si conviene recalcar para abordar el asunto de un posible vacío legal, es que al parecer de nuestro análisis, aún no se han definido montos, bases o topes numéricos o

[94] OSSORIO y Florit, Manuel. Profesor madrileño, Tratado de Derecho Internacional Público. Pag 3

porcentuales para determinar cuándo el contrato de crédito se debe regir a la normativa nacional, o caso contrario cuándo el contrato de crédito se debe regir por los términos y normativa del Banco exclusivamente, y es que la normativa debería establecer parámetros fijos sin variables, y sin dejar lugar a interpretaciones abiertas. Por lo que se podría sugerir para que incorpore a la normativa de la LOSNCP lo siguiente:

> *"Para los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública LOSNCP."*

Adicionalmente a ello, se debe reconocer y es cierto que, cuando el país o una de sus entidades está buscando crédito, se ve sometida a algunos condicionamientos o exigencias de la entidad prestamista y, por ello, también se debería recomendar o anexar a la legislación vigente a manera de completar posibles vacíos existentes, que *la entidad solicitante del crédito busque en lo posible no exigir el empleo o la adquisición de bienes y servicios de procedencia extranjera específica;* O que a ello se condicione el otorgamiento de un crédito.

En consecuencia, se sugiere que la norma contemple que quien tramite el préstamo procure incorporar condiciones en el respectivo contrato que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional o que otorguen mejor calificación a los extranjeros que incorporen mayor número de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

Se sugiere también que se redacte un proyecto de reforma a la Ley Nacional que recoja estas inquietudes para no contraponerse a la Constitución como norma suprema en su artículo 288 y del RLOSNCP en su artículo 2 versus la normativa interna del BID; ya

que esta última institución no tiene obligación alguna de promover o priorizar la participación nacional.

De su parte el gobierno nacional debe buscar que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento de un crédito

Al respecto nuestra Constitución manifiesta:

> *Constitución:*
>
> *Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.*
>
> *RLOSNC:*
>
> *Art. 2.- Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.- En la suscripción de los convenios de crédito o de cooperación internacional se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales.*

Por ello se sugería que se redacte o se anexe al artículo 3 de la LOSNCP lo siguiente:

> *"Los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito o con recursos provenientes de cooperación internacional, podrán someterse a los reglamentos y políticas de tales entidades en todo lo relacionado con concepto de cooperación internacional y de créditos concesionales para efectos de contratar préstamos. Y el gobierno nacional, a través de la Administración Pública, define los procedimientos de formación, adjudicación, cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajuste, oferentes, procesos precontractuales, y demás pasos que impliquen la contratación de bienes obras y servicios públicos nacionales.*

Finalmente, cuando se apliquen los reglamentos y políticas de las entidades extranjeras como el BID, en los casos específicamente autorizados por la norma, deben respetarse todas aquellas disposiciones internas que respondan al concepto de orden público de trascendencia internacional. Así, por ejemplo, tienen esta trascendencia las normas que señalan quienes son "entidades estatales", porque se trata de un reconocimiento jurídico del sujeto de manera general, en lo nacional e internacional.

Es decir, a modo de condicionalidad van a primar los reglamentos y normas que el Banco prevea para prestar dinero, siempre y cuando se respeten las disposiciones internas, y que estas no se contrapongan entre sí.

CAPITULO IV

ANÁLISIS FINANCIAMIENTO OBRA PÚBLICA EN ECUADOR

4.1.-OBRA PÚBLICA FINANCIADA POR EL BID

4.1.1.- Participación del BID en Ecuador: Suscripción de créditos y convenios.

En política de cooperación internacional es significativo el viraje del Estado ecuatoriano con respecto a las relaciones con los organismos internacionales. Esta política apunta actualmente a alinear las intervenciones de los organismos de cooperación bilateral o multilateral con el Plan Nacional de Desarrollo.

A partir del nuevo modelo de desarrollo de la actual administración de gobierno que aparece una serie de modificaciones en torno a la cooperación internacional en el país, esto ocurre a partir del año 2008 con la expedición de la nueva Constitución.

La Constitución Política así lo determina en su artículo 291:

> "Art. 291.- Los órganos competentes que la Constitución y la ley determinen realizarán análisis financieros, sociales y ambientales previos del impacto de los proyectos que impliquen endeudamiento público, para determinar su posible financiación. Dichos órganos realizarán el control y la auditoría financiera, social y ambiental en todas las fases del endeudamiento público interno y externo, tanto en la contratación como en el manejo y la renegociación."

Sin ser la intención de inmiscuirnos en términos financieros y técnicos, la base legal que tenemos a disposición al momento de acceder a financiamiento con Bancos de cooperación internacional, en orden jerárquico, está determinada por la Constitución Política, en su artículo 289 prescribe que:

> "Art. 289.- La contratación de deuda pública en todos los niveles del Estado se regirá por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, y será autorizada por un comité de deuda y financiamiento de acuerdo con la ley, que definirá su conformación y funcionamiento... (...)";

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas expedido en 2010[95], determina el procedimiento, la negociación, instrumentación, y perfeccionamiento de operaciones de endeudamiento público. En general establece las políticas y el proceso para contratar un crédito, en este caso con el BID, el cual se lo ejecutará previo convenio.

En la tarea de control y ejecución de estas políticas y procesos están involucrados el Ministerio de Finanzas, La Subsecretaría de Crédito público y la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, que tienen como tarea regular la utilización de los recursos provenientes de la cooperación internacional.

Con observancia de la Constitución de la República y la legislación pertinente, previo un análisis de los términos financieros y estipulaciones contenidas en los respectivos convenios por parte de un Comité de Deuda y Financiamiento, se autoriza mediante resolución, la contratación operaciones de endeudamiento público. Así lo determina el artículo 141 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas.

> "Art. 141.- Trámite y requisitos para operaciones de crédito.- Todo trámite de operaciones de endeudamiento público de las entidades del sector público deberá observar las disposiciones de este código y estará a cargo del ente rector de las finanzas públicas, el que en forma previa a la autorización del Comité de Deuda y Financiamiento, deberá verificar:
>
> 1. Que con la operación no se exceda el límite de endeudamiento previsto en este Código ni el fijado por la Asamblea Nacional, para el respectivo ejercicio fiscal anual.
>
> 2. Que el endeudamiento público sea sostenible y conveniente al Estado en términos del perfil de vencimiento de la deuda y/o de la tasa de interés de la deuda y de las condicionalidades aplicables al endeudamiento.
>
> Las entidades, organismos e instituciones del Estado beneficiarias de los recursos de endeudamiento público, previo a la utilización de los mismos deberán verificar

[95] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro No. T.5458-SNJ-10-1558. Quito, 20 de octubre de 2010.

que el proyecto o programa haya sido declarado prioritario por la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. En el caso de endeudamiento para empresas públicas nacionales, entidades financieras públicas y gobiernos autónomos descentralizados o sus empresas, la prioridad será emitida por el directorio o por el gobierno autónomo descentralizado, según el caso. De conformidad con los principios de soberanía y los derechos previstos en la Constitución de la República, en las operaciones de endeudamiento público externo, se observarán y aplicarán las condiciones legales propias de los contratos negociados bajo la ley y jurisdicción internacional."

El Manual de Endeudamiento Público, emitido por el Ministerio de Finanzas en el año 2010[96], es el documento que determina los procedimientos relacionados al endeudamiento público, este instrumento constituye una herramienta de referencia para cuando las entidades del Estado requieren contratar financiamiento del exterior.

Las entidades y organismos del sector público, cuando necesiten de créditos externos, deben presentar obligatoriamente una solicitud a la Subsecretaría de Crédito Público con toda la información necesaria respecto al proyecto o proyectos de inversión a ejecutarse, así como la documentación y estados financieros que sean requeridos para los informes y dictámenes legales pertinentes. Posteriormente la Subsecretaría coordina con la SENPLADES para la aprobación de espacio presupuestario que requieren las entidades solicitantes, con el objetivo de validar si los créditos que están siendo solicitados, se alinean con el Plan Nacional del Buen Vivir[97] como una nueva política para contratar créditos del exterior.

Una vez obtenidos los dictámenes favorables de la SENPLADES y de la Subsecretaría de Crédito Público, se elabora un informe para el Ministro de Finanzas, en el que se hará constar fundamentalmente: el resumen del proyecto, las condiciones financieras del crédito, los organismos que intervienen en la ejecución del proyecto, el análisis financiero de la entidad beneficiaria, su capacidad de endeudamiento, el efecto del préstamo sobre la balanza de pagos y, en general, la capacidad de endeudamiento del país, los requerimientos de aporte local y su incidencia en las finanzas públicas, el análisis de los aspectos legales y, finalmente, las conclusiones y recomendaciones.

Por su parte, el Ministro de Finanzas emitirá su resolución, aprobando o rechazando total o parcialmente la solicitud, a base de los antecedentes, los dictámenes y el informe de la Subsecretaría de Crédito Público, con las recomendaciones que considere necesarias.

[96] Manual de Endeudamiento Público. Ministerio de Finanzas del Ecuador. Código:SA-CRHDI-02-I-2010. Pág. 20.

[97] Nota de la autora: No podemos olvidar que la cooperación internacional reembolsable debe complementar los esfuerzos nacionales y territoriales. En este sentido, no sólo sigue los procedimientos nacionales para su implementación, sino que desde su formulación deben ser programas o proyectos que se encuentren dentro de la planificación nacional (**Plan Nacional del Buen Vivir**) o los respectivos planes de desarrollo y ordenamiento territorial.

Finalmente, a este tipo de contratos se los inscribe en el Banco Central del Ecuador y en el Ministerio de Finanzas para su validez.

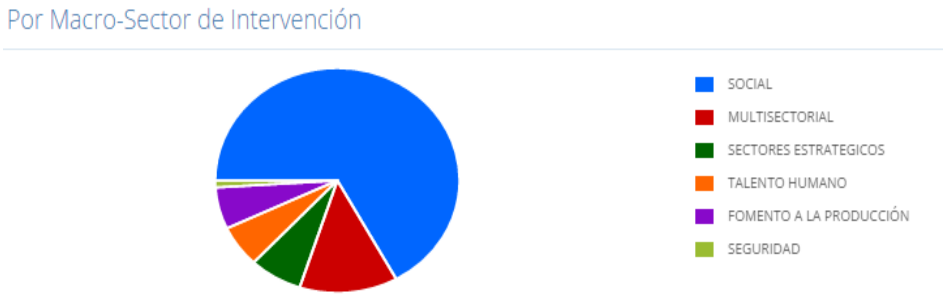
Hemos realizado un breve resumen de las preguntas frecuentes que podrían presentarse en torno al tema de cooperación internacional que tiene nuestro país con organismos multilaterales de crédito, para entender mejor su formación y ejecución.

¿Existen montos máximos o mínimos de cooperación reembolsable para el financiamiento de un proyecto?

Creemos que depende de cada cooperante, y del análisis que realice la SENPLADES de las necesidades de endeudamiento de cada entidad pública del Estado. Generalmente se realizan convocatorias públicas para la presentación de proyectos, estableciéndose ciertos requisitos de elegibilidad, formatos, plazos y montos, en la mayoría de casos se solicita una contraparte financiera, que oscila entre el 10% y 20% del valor total del proyecto.

¿Cuáles son las prioridades sectoriales nacionales para la cooperación internacional con el BID?

El Ecuador tiene como prioridad, respecto de la cooperación internacional, la ciencia, tecnología, talento humano y cambio de la matriz productiva. Por lo que todos los instrumentos internacionales que se acuerden con los cooperantes tienen que aportar a estos sectores. Esta gráfica nos proporciona una idea de las áreas de inversión que Ecuador ejecutó, en base a los créditos proporcionados por el BID que se llevaron a cabo en el año 2014.



Fuente: Secretaría Técnica de cooperación Internacional. Periodo: 2014 Cooperación Reembolsable: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO - BID[98]

[98] Fuente: Secretaría Técnica de cooperación Internacional. http://app.seteci.gob.ec/mapa/#. Periodo. 2014

¿Se cuenta con un Banco de Proyectos que financia el BID?

Existe un banco de proyectos que debe ser desarrollado, priorizado y gestionado por cada institución, en función del Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo y ordenamiento territorial elaborados a nivel provincial, municipal y parroquial, de conformidad con las exigencias legales. Con la finalidad de poseer información actualizada de la gestión de la Cooperación Internacional en el país, la SENPLADES y el Ministerio de Finanzas registran los programas y proyectos en ejecución para su monitoreo y control.

¿Los proyectos que están en negociación o que buscan financiamiento de cooperación tienen que pasar primero por la SENPLADES?

Si se trata de cooperación reembolsable, la competencia es del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y el Ministerio de Finanzas y de la SENPLADES. Adicionalmente, los GADs[99] pueden gestionar directamente la negociación en los siguientes casos: Convenios e instrumentos de ejecución de cooperación descentralizada con gobiernos seccionales o subnacionales internacionales, de conformidad con sus competencias y prioridades definidas en sus Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial, dentro de sus circunscripciones territoriales.

A ello se lo conoce como COOPERACIÓN DESCENTRALIZADA para ello utilizan Convenios e instrumentos de ejecución de programas y proyectos que se generen con organizaciones gubernamentales internacionales, de conformidad con sus competencias y prioridades definidas en sus Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial, dentro de sus circunscripciones territoriales.

¿Todos los proyectos necesitan del dictamen favorable de SENPLADES?

Solo los componentes de financiamiento de un proyecto que formen parte del Presupuesto General del Estado, requieren seguir el procedimiento establecido por el Sistema Nacional de Planificación, mientras que los recursos que no estén contemplados en el Presupuesto General del Estado no requieren del dictamen favorable de SENPLADES.

En este sentido, el artículo 60 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas [100]establece que:

[99] Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD): Son instituciones descentralizadas que gozan de autonomía política, administrativa y financiera, y están regidos por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad, interterritorial, integración y participación ciudadana.

[100] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Oficio No. T.5458-SNJ-10-1558 Quito, 20 de octubre de 2010.

> Art. 60. Serán prioritarios los programas y proyectos de inversión que la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo incluya en el plan anual de inversiones del presupuesto general del Estado, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo, a la Programación Presupuestaria Cuatrienal y de conformidad con los requisitos y procedimientos que se establezcan en el reglamento de este código. Para las entidades que no forman parte del Presupuesto General del Estado, así como para las universidades y escuelas politécnicas, el otorgamiento de dicha prioridad se realizará de la siguiente manera:

Existe a diario más y más casos recientes y conocidos públicamente por ser financiados por parte del BID en Ecuador. Por ello, como institución responsable de planificar el desarrollo del país, la SENPLADES ocupa igualmente una posición importante en este sistema dado que en la práctica todos los programas y proyectos de inversión deben ser sometidos a su consideración para ser aprobados.

Finalmente, el Ministerio de Finanzas asigna los recursos a los proyectos priorizados por la SENPLADES, con lo que tiene un papel central a la hora de coordinar la distribución de los fondos provenientes de las operaciones de crédito del Ecuador con sus acreedores multilaterales.

4.1.2.- Política "Integridad y Transparencia Legal" en contratos de obra pública financiados por el BID.

La transparencia en la función pública ha de ser entendida como un atributo, una práctica, una garantía que contribuye a fortalecer el quehacer del Estado y a incrementar la eficacia de su gestión.

Así entendida, la transparencia debe verse y materializarse como una acción natural respecto de las decisiones, determinaciones, políticas y acciones en materia de contratación pública porque de esa forma se genera un ambiente de confianza y seguridad en los diferentes actores, es posible la toma de mejores decisiones, se reduce sensiblemente la probabilidad de corrupción y finalmente abre un espacio importante para la mejora de la gestión a partir de la retroalimentación que puede tener lugar.

Durante la gestión de la contratación de obra pública con fondos provenientes del exterior, de acuerdo con su reglamento interno, el SERCOP lleva a cabo un seguimiento a los procedimientos aplicando un esquema estructurado de monitoreo cuyo propósito fundamental es el de establecer si se reúnen las condiciones necesarias para que los proyectos financiados de esta manera lleguen a una exitosa culminación, y según sea el caso verificar si se han adoptado las mejores decisiones en el marco de la legislación vigente.

El monitoreo, se enfoca en tomar acciones oportunas y objetivas encaminadas a corregir desviaciones que pudieran originarse en el desconocimiento, la discrecionalidad, la inobservancia a la norma o, prácticas no adecuadas en la gestión de la contratación pública con esta modalidad, de tal forma que, de ser necesario, incluso se generen medidas para controlar el riesgo identificado.

Un ejemplo de ello es la Resolución No. SERCOP-2014-0000017 que ya habíamos mencionado en capítulos anteriores, en la que se expiden los modelos de documentos precontractuales para la contratación de obras, bienes y/o servicios, incluidos los de consultoría, financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo-BID, con el fin de transparentar las contrataciones financiadas por el referido organismo internacional.

Al analizar los conceptos de "Integridad y Transparencia" dentro del proceso de contratación pública cuando las obras son financiadas por el BID, hay que destacar que en toda contratación, no solo las de este tipo, se parte del principio de la buena fe, de la transparencia, de la moralidad, los cuales son elementos fundamentales concebidos en sanas prácticas de todo tipo de contratación.

Estos principios se encuentra incluso consagrados en la Constitución de la República, por su importancia, ya que la transparencia garantiza que la actividad y la gestión de la Administración Pública se realice bajo la moral y la ética, y que los procedimientos de contratación pública se lleven de manera imparcial, de acuerdo con las prácticas que impone la ley y la justicia. La integridad promueve el diáfano obrar del Estado y sus instituciones, y se ha constituido en la mejor estrategia para eliminar la corrupción.

Existen objetivos y esfuerzos comunes entre BID y la Administración Pública, a saber de qué se lleve a cabo una contratación eficaz, sin corrupción, y transparente.

La Administración Pública es consciente de que el sistema es vulnerable, pero perfectible. Muchas veces los involucrados, están expuestos a prácticas ilegales y en ocasiones no ilegales, pero sí ilegítimas y poco éticas que se han producido y mutado en el propio sistema.

Los hallazgos del estudio que llevó a cabo el SERCOP conjuntamente con el BID el 13 de mayo de 2014[101], previo a la firma del "Acuerdo para el uso del SNCP en proyectos financiados por el BID" confirmaron 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 de todos los involucrados en el ciclo de la contratación y la gestión misma de los contratos.

Estos estudios demostraron que una de las actividades con mayor índice de corrupción es precisamente el proceso de contratación estatal. Las estratagemas[102] de la contratación pública en el país fueron identificadas tras observar cuatro mil procedimientos llevados a cabo durante el año 2014. [103]

En principio fueron detectadas 100 prácticas entre ilegales y no ilegales pero sí poco o nada éticas. A raíz de ello en el año 2015 el SERCOP publicó el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador[104] , cuyo objetivo es alentar a todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que actúen como entes de vigilancia y control frente a todos los procesos. Las prácticas más comunes que se determinaron son las siguientes:

- Colusión: Pacto ilícito en daño de tercero.
- Coima: Cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a beneficiar a otra persona.

[101] Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP metodología OCDE-CAD. 13 de mayo de 2014.
[102] Estratagema: Ardid, engaño hecho con astucia y destreza, para conseguir ventaja.
[103] Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP metodología OCDE-CAD. 13 de mayo de 2014.
[104] Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador . SERCOP. 2015

- Condiciones Impropias: Se refiere a la documentación fuera del alcance del objeto de la contratación que las entidades contratantes solicitan sus proveedores
- Subjetivo: La metodología de evaluación no se halla definida ni dimensionada correctamente, lo que permite a la comisión técnica evaluar las ofertas de acuerdo a su criterio.
- Discriminación: Se establecen parámetros de evaluación los cuales limitan la participación de varios oferentes, colocando marcas o condiciones de difícil cumplimiento.
- Exclusión: Las entidades excluyen ciertos parámetros legales en los pliegos, lo cual permite la participación de oferentes no calificados para la contratación.
- Requisitos Redundantes: Las entidades evalúan dos veces las mismas condiciones. Una vez en la etapa cumple/ no cumple y otra en la etapa por puntaje.
- Subdivisión: Para favorecer a ciertos contratistas, las entidades firman varios contratos de pequeños montos y con objetos similares durante cortos períodos de tiempo, este procedimiento lo realizan para evadir la selección objetiva.
- Estratagemas en la Contratación Pública: Maneras cómo los actores del SNCP evaden los procesos adecuados a seguir para el buen manejo del procedimiento de contratación pública.
- Alteración de la Información: Las entidades contratantes modifican las condiciones establecidas en los pliegos, para favorecer a determinado oferente.
- Chantaje: Presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido.

Así como el BID ha instaurado oficinas y normativa tendiente a garantizar la integridad y trasparencia en sus operaciones, el SNCP a través del SERCOP ha dispuesto la creación de normativa interna para la realización de actividades de prevención de las prácticas prohibidas en las actividades financiadas por el Banco.

El propósito del SERCOP con la creación de normativa interna, y , específicamente de un "Manual de Buenas Prácticas" es, difundir normas, reglas, procedimientos y mejoras prácticas para el beneficio de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación

Pública en aras de mantener procedimientos transparentes, oportunos, ágiles y eficientes en beneficio de toda la sociedad.

Por su parte el BID ha desarrollado sus propias líneas de defensa, como mecanismos de prevención y protección frente a posibles conductas no permisibles de los prestamistas y también de los ejecutores del crédito. Todos los participantes en las actividades financiadas por el Grupo BID deben ceñirse a las más estrictas normas de integridad de acuerdo a su estatuto principal o Convenio Constitutivo.

Para ello el Banco cuenta con un programa de integridad y transparencia que se concentra en tres aspectos diferentes pero estrechamente relacionados, a saber:

1.- Programas de apoyo que ayuden a los países miembros prestatarios del BID reforzar la buena gobernanza, hacer valer el imperio de la ley y combatir la corrupción.
2.- Seguridad de que las actividades financiadas por el Banco estén libres de fraude y corrupción y se ejecutan con las salvaguardias apropiadas.
3.- Creación de la Oficina de Integridad Institucional (OII), para que la misma actúe de conformidad con los más estrictos niveles de ética e integridad.

La Oficina de Integridad Institucional (OII) [105]desempeña un papel clave en la labor del grupo BID en materia de Integridad. La OII, como parte integral del Sistema de Sanciones del BID, es responsable de investigar las denuncias de fraude y corrupción en actividades financiadas por el Grupo BID y de encarar los esfuerzos necesarios para impedirlos.

Las actividades de prevención de la OII apuntan a identificar, evaluar y mitigar los riesgos de integridad y trasparencia de las operaciones financiadas por el Banco. La OII también extrae lecciones aprendidas de las investigaciones, y adelanta actividades de capacitación, para mejorar el conocimiento del Grupo BID en materia de identificación de riesgos de integridad o prácticas prohibidas. También desarrolla políticas y mecanismos tendientes

[105] Documento Del Banco Interamericano De Desarrollo. Oficina de Integridad Institucional y Sistema De Sanciones .Informe Semestral 2014. Pág 13.

a fortalecer la integridad general de las actividades financiadas por el Grupo del BID y vela por el cumplimiento de las mismas.

En el caso de las **operaciones o préstamos con garantía soberana** por ejemplo, [106]la gestión del riesgo de integridad se centra en identificar, durante las fases de diseño y ejecución de un programa, puntos débiles y vulnerabilidades que pudieran permitir a los oferentes, proveedores, contratistas, consultores u otros participantes en operaciones financiadas por el Grupo del BID incurrir en prácticas prohibidas.

Finalmente, es curioso como todos hablamos del tema de la corrupción y cómo en el caso de la contratación estatal están claramente identificadas las prácticas corruptas, aun así, pareciera que se ha convertido en manifestaciones comunes y repetitivas sin que se apliquen medidas severas y drásticas con sanciones ejemplarizantes a quien con su comportamiento desvían recursos públicos, limitan la capacidad de inversión y del gasto de los presupuestos asignados a la población menos favorecida, ocasionando por ende inequidad social así como funcionarios y particulares en ocasiones disciplinados y judicializados, sin posibilidad de recuperación de tan importantes recursos.

De modo que el problema no es, detectar las causas y la materialidad de los hechos corruptos a través de la contratación estatal, si no la de generar acciones preventivas a través de controles y auditorias severas, que garanticen el adecuado manejo de los recursos públicos a través de la contratación.

4.1.3.- Uso eficiente y económico de los procesos de Contratación de Obra Pública financiados con fondos internacionales del BID.

Establecer un régimen jurídico de adquisiciones que apoye eficazmente la calidad, el costo y la ejecución oportuna del producto de los préstamos otorgados por Organismos Multilaterales de Crédito, podría ser el ideal de un proceso normativo que se ajuste a la realidad socioeconómica de nuestro país.

[106] Revista Inversiones BID. Soluciones Financieras LATAM. Año 2014. Página 12. Préstamos de Garantía Soberana: El BID ofrece financiamiento a los gobiernos y a las instituciones controladas por el Gobierno para apoyar el desarrollo y proyectos sociales.

El plantear a los organismos calificados para el tema, como el SERCOP, la creación de políticas y prácticas sólidas y confiables, con procedimientos equitativos y transparentes capaces de atraer proveedores, contratistas eficientes, y prestamistas calificados, y, a su vez, resguardar los principios de responsabilidad de gestión, cooperación y el uso efectivo de los fondos públicos, más allá de lo que ya se ha establecido como lo que explicamos en el título anterior, cambiaría la situación para que nuestra legislación interna sea una institución mucho más normada y controlada, que logre instaurar un verdadero sistema jurídico para contratar con este tipo de instituciones financieras internacionales.

Al hablar de eficiencia y economía en los procesos de contratación relacionados con el financiamiento de obras con fondos del exterior, estamos hablando de la convicción de que un buen sistema de contrataciones exige procedimientos y documentos estandarizados, una sólida planificación en función de la entrega oportuna de resultados, estrechos vínculos con la gestión presupuestal y de control, mecanismos modernos de operación y cooperación, personal conocedor de las características y tendencias del mercado para operar este tipo de créditos, estrategias sólidas para utilizar la capacidad de negociación del Estado con organismos del exterior, vigilancia a la calidad y eficiencia de los procesos implementados, información siempre actualizada para la toma de decisiones y la rendición de cuentas.

La visión actual que proponemos, y que se sugeriría a las instituciones encargadas lo implementasen en nuestro país, sería la de disponer de un sistema de contrataciones públicas unificado, y estandarizado para este tipo de contrataciones. Que abarque a todos los proyectos financiados por el Banco, y no sólo a unos cuantos proyectos de acuerdo a lo establecido en el "Acuerdo para el Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en proyectos financiados por el BID", ello garantizaría la confianza de la comunidad por la imparcialidad que imperaría.

Si bien es cierto, existe muy pocos documentos estandarizados para determinados proyectos para el control y regulaciones que vigilan estas operaciones, las prácticas de control deberían ir más allá, deberían estar sustentadas también en la convicción de que un buen sistema de contrataciones exige procedimientos y documentos estandarizados en su totalidad, demostrando una sólida planificación en función de la entrega oportuna de resultados, con ello el Estado, tendrá vigilancia a la calidad y eficiencia de la

información siempre actualizada para la toma de decisiones y la rendición de cuentas, y un potente sistema de control basado precisamente en la información en línea.

Nos referimos a estandarización, en cuanto a determinar un modelo de pliegos precontractuales que serviría de base para contratar obra pública con fondos de organismos multilaterales.

A decir del pronunciamiento de la Contraloría General del Estado, de estandarizar a los pliegos precontractuales, la misma determina que: "Es prácticamente imposible elaborar modelos de documentos precontractuales que puedan ser aplicados a todos los casos que ocurren en la vida diaria, por lo que siempre se hará necesario la intervención de profesionales del derecho o técnicos que adapten estos modelos a las condiciones particulares del contrato que se desea celebrar".

Suena apenas lógico que se logre abarcar un conjunto de modelos de pliegos para todos los casos, pero también se puede aplicar estar idea a los casos más comunes que se han presentado hasta la fecha.

El proponer establecer esta metodología de estandarización de pliegos y de creación de normativa más clara y menos restrictiva a las disposiciones del Banco, implica que actualmente existe una sola vía para para contratar con fondos del Banco, lo cual está determinado en el Art 3. De la LOSNCP, ello implica lo que se ha venido mencionado a lo largo de esta investigación, y es que, lo que determina el convenio es lo que se aplica en términos legales.

Creemos necesario establecer que se proponga la implementación de políticas específicas para este tipo de contrataciones, si bien la contratación se va a seguir realizando bajo los términos del convenio y posteriormente del contrato de préstamo con el Banco, es necesario también que se establezca normativa para determinar qué pasos seguir cuando se contrate créditos con esta entidad.

Ello ayudaría que el Servicio Nacional de Contratación Pública implemente servicios ágiles y beneficiosos para toda la comunidad que se beneficiaría de este sistema.

Se requiere un fortalecimiento de la Administración Pública en este ámbito para que se garantice que los proyectos bajo esta modalidad sean ejecutados clara y correctamente, de acuerdo a los Planes estratégicos del Banco, eso sí, derivados de las políticas nacionales y locales, en función de las prioridades públicas.

El objetivo final es lograr que el presupuesto público adquirido con préstamos del BID se transforme de la manera más rápida, en el menor tiempo posible y al menor costo, en bienes y servicios para la comunidad, y que en el proceso sea ágil, confiable, justo y todas sus decisiones y resultados estén a la vista de la comunidad.

4.2.- Caso de estudio – Metro de Quito financiado parcialmente con fondos BID – Base legal Ecuador y normativa BID.

A lo largo de esta investigación hemos querido comentar y analizar jurídicamente cómo se realiza la ejecución de obras públicas financiadas con fondos provenientes del Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Quisimos analizar al Metro de Quito como caso de estudio, puesto que próximamente será la primera y más grande red subterránea de la capital ecuatoriana, cuya construcción arrancó en Enero del 2013, y la respuesta y el interés inmediato de los Organismos Multilaterales de Crédito no se hizo esperar.

Por ello, hemos tomado a modo de ejemplo este importante proyecto de infraestructura "Metro de Quito" como una forma práctica de comentar cómo el BID aportó con un importante monto para financiar esta obra.

La República del Ecuador, por intermedio del Ministerio de Finanzas, solicitó en el año 2012 financiamiento para este proyecto por un total de US$ 200'000.000. El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en su calidad de ejecutor de la obra, delegó a la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ) para llevar a cabo el proceso contractual para la construcción del proyecto que tiene como objetivos:

i) la construcción de la Infraestructura, compuesta a su vez por las obras civiles restantes y por el sistema de equipamiento e instalaciones; y,

ii) la adquisición del material móvil.

El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con base al Convenio Marco suscrito con el Ministerio de Finanzas del Ecuador, va a utilizar estos fondos provenientes de los créditos del BID para financiar parte la construcción del componente de Infraestructura de las Fases 1 y 2 del proyecto. El metro de Quito está determinado bajo los siguientes parámetros que el Banco ha establecido para su financiamiento, bajo las siguientes reglas:

El programa financiará la construcción de 22 km de vía, 15 estaciones, material rodante y equipamiento para el Metro de Quito.

El metro conformará el Sistema Integrado de Transporte Metropolitano. Para ello el Banco ha realizado dos (2) importantes desembolsos que a continuación detallamos:

Desembolso I

NÚM. DEL PROYECTO	PAÍS	SECTOR	TITULO DEL PROYECTO	FINANCING	ETAPA	FECHA DE APROBACIÓN
EC-L1111	Ecuador	TRANSPORTE	Sistema Metropolitano de Transporte Urbano Quito	100,00	Aprobado	05-dic-2012

INFORMACIÓN DEL PROYECTO

COSTO TOTAL [H]	USD 100.000.000
TIPO DE FINANCIAMIENTO	Capital Ordinario
FONDO	Capital Ordinario
MONEDA DE REFERENCIA	USD - Dólar Estadounidense
MONTO SIN DESEMBOLSAR [H]	USD 10.000.000
DESEMBOLSO A LA FECHA [R]	USD 90.000.000
MONTO PENDIENTE [R]	USD 90.000.000

Fuente: Datos y estadísticas por país. Página Banco Interamericano de Desarrollo 2015. [107]

[107] Banco Interamericano de Desarrollo. Datos y estadísticas por país. Ecuador año 2015. http://www.iadb.org/es/proyectos/project-details,1301.html?country=EC&nofilter

Desembolso II

NÚM. DEL PROYECTO	PAÍS	SECTOR	TITULO DEL PROYECTO	FINANCING	ETAPA	FECHA DE APROBACIÓN
EC-L1124	Ecuador	TRANSPORTE	Sistema Metropolitano de Transporte Urbano Quito	100,00	Aprobado	01-ene-2013

DETALLE DEL PROYECTO

NÚMERO DEL PROYECTO	EC-L1111	TIPO DE PROYECTO	Operación de Préstamo
NÚMERO DE LA OPERACIÓN	2882/OC-EC	SUBTIPO DE PROYECTO	Inversión Específica
PAÍS	Ecuador	CATEGORÍA DE IMPACTO AMBIENTAL Y SOCIAL	A
SECTOR	TRANSPORTE	ETAPA DEL PROYECTO	Implementación
SUBSECTOR	TRANSPORTE-TRANSPORTE PÚBLICO (AUTOBUSES, TRENES, VEHÍCULOS A TRACCIÓN POR CABLE) INFRAESTRUCTURA Y EQUIPO	FECHA DE APROBACIÓN	05-DIC-2012
		FECHA FIRMA CONTRATO	16-JUN-2015
		FINANCIAMIENTO BID *	100,00

Fuente: Datos y estadísticas por país. Página Banco Interamericano de Desarrollo 2015.
[108]

Cabe recalcar, que el Metro de Quito, no solamente está siendo financiado por el BID, existen otros dos Organismos Internacionales de Crédito que financian esta obra directamente, como lo son la Corporación Andina de Fomento (CAF) y, Banco Europeo de Inversiones (BEI).

Este proceso arrancó cuando el Municipio de Quito a través de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (quien vendría a ser la contratista), en el marco de la Licitación Pública Internacional del año 2013, publicó el *Aviso Específico de Adquisiciones* para la precalificación de las empresas nacionales e internacionales, interesadas en participar en la construcción de la fase 1 del proyecto que incluye obrasde

[108] Banco Interamericano de Desarrollo. Datos y estadísticas por país. Ecuador año 2015. http://www.iadb.org/es/proyectos/project-details,1301.html?country=EC&nofilter

gran magnitud como civiles, y técnicas para la provisión y montaje del sistema de equipamiento e instalaciones de la primera línea del Metro de Quito[109] .

Este aviso fue publicado en el United Nations Development Business el 21 de noviembre de 2012, en el sitio de Internet del Banco Interamericano de Desarrollo y en el sitio de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito.

El proceso de contratación que la Empresa Metro de Quito lanzó a los interesados fue "Licitación Pública Internacional" para la calificación de empresas nacionales e internacionales interesadas en participar desde la primera fase del proyecto. Recordemos que para el Metro de Quito aplicó este proceso precontractual de "Licitación Pública Internacional" ya que el mismo permite la participación de empresas extranjeras, debido a que es un proyecto de gran magnitud que supera los mil quinientos millones de dólares US$ 1.500'000.000. [110] Este proceso precontractual debe ser utilizado obligatoriamente cuando el monto de las adquisiciones sea superior a los U$5 millones para obras y U$350,000 para bienes, de acuerdo a los términos y condiciones del Banco. Ello con el objetivo de asegurar el cumplimiento de los principios en que se basa el procedimiento de Licitación Pública Internacional, que se enuncia en las políticas del Convenio Constitutivo del Banco los cuales de tallamos a continuación:[111]

> *Competencia:* asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, de modo que los prestatarios obtengan las mejores condiciones del mercado.
>
> *Igualdad:* asegurar a todos los participantes el mismo tratamiento de modo que exista una competencia efectiva, evitando todo tipo de preferencias o discriminaciones que favorezcan o perjudiquen a unos en detrimento o beneficio de otros.

[109] Fuente: Metro de Quito. Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito EPMMQ. Informe Metro de Quito http://www.metrodequito.gob.ec/

[110] Fuente: Entrevista con Gerente del Metro de Quito, Edgar Jácome Septiembre 12 2015.

[111] Fuente: Convenio Constitutivo BID, Políticas Operativas Generales, Licitación Pública Internacional. http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/licitacion-publica-internacional,6252.html

Publicidad: asegurar que el acceso a la información relativa a una licitación está abierto a todo contratista, no sólo en la etapa inicial de participación sino también en la apertura de sobres y aclaraciones.

Estos principios entre otros, tienen el fin de garantizar al sector público el uso eficiente y económico de los recursos del Banco y la transparencia del proceso.

Ya en materia precontractual la base legal para dar luz verde a la ejecución de este gran proyecto que tuvo lugar con el llamado a participar en esta licitación, se emitió como resultado del Aviso General de Adquisiciones, y, posterior a ello vinieron las etapas de precalificación de oferentes y la entrega de los documentos licitatorios a los mismos.

El Banco requiere de la ***etapa de precalificación*** en el proceso de adquisición de bienes y servicios cuando se trata de contratos de obras de gran magnitud o de naturaleza compleja, con el objeto de asegurar la participación de empresas competentes.

La precalificación se basó exclusivamente en la habilidad de los contratistas para la ejecución satisfactoria de las obras. Posterior a ello, llegaron a manos de los oferentes precalificados los ***documentos licitatorios***, los cuales son el medio por el cual el prestatario informa a los posibles interesados sobre los requisitos y condiciones relativos a una determinada licitación. La claridad de estos documentos fue de especial importancia, ya que con ellos se fijaron los criterios para la evaluación y comparación de las ofertas. Recordemos que, en la Licitación Pública Internacional pueden ofertar única y exclusivamente los solicitantes que hayan sido precalificados.

Las ofertas se presentaron por escrito y en sobres cerrados dentro de los plazos establecidos y, firmadas por los representantes legales de los oferentes y cumpliendo así con los requisitos establecidos en los documentos de licitación.

La evaluación de las ofertas se realizó bajo las normas establecidas por el BID, en un informe detallado sobre la evaluación y comparación de las ofertas y los fundamentos en que se basa la recomendación de adjudicar el contrato a los oferentes mejor calificados.

La licitación para la primera fase de construcción de infraestructura física, se adjudicó al oferente cuya propuesta fue evaluada como la más baja, ya que se ajustó a los documentos de licitación y a las normas apropiadas de capacidad y responsabilidad financiera previa aprobación del Banco. En esta precalificación, no se toma en cuenta la adquisición del material móvil como trenes y vagones. La adquisición del material móvil se hará a través de un proceso licitatorio adicional que se lanzaría el próximo año, por ende nuestro interés y análisis se centra únicamente en el proceso de ejecución de obra pública civil.

Ahora bien, a la par con las normas del Banco para este procedimiento precontractual, ya en el ámbito nacional el proceso de contratación y ejecución del metro de Quito arrancó con la publicación del Pliego de Licitación elaborado por el Municipio de Quito, a través de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito EPMMQ, bajo parámetros y de común acuerdo con los financistas del proyecto, con ello se convocó a las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios, legalmente capaces para contratar, a que presenten sus ofertas para la primera fase para inicio de estudios de suelo, asentamientos, etc.

Recordemos, que bajo la aprobación de los organismos financieros multilaterales de crédito y las entidades de la Administración pública se fijan en común acuerdo los términos y condiciones del contrato de los términos del proceso de licitación. Cada proyecto es distinto y merece un estudio detallado y pormenorizado de los términos y condiciones de participación.

Los Oferentes que participaron estaban inscritos y habilitados como proveedores en el Registro Único de Proveedores (RUP), conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

> "Art. 18.- Obligatoriedad de Inscripción.- Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado. "

Posterior a ello los Oferentes presentaron la Oferta Técnica de manera física en la Secretaría de la Comisión Técnica, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RGLOSNCP;

Y los interesados formularon preguntas de acuerdo al cronograma previsto en el Pliego. Por su parte, la Comisión Técnica absolvió las preguntas y realizó las aclaraciones necesarias, de acuerdo al cronograma previsto en el Pliego.

Adicionalmente, se incluyó el formulario impreso de la Oferta Económica, la que previamente se subió a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec. El acto de apertura de ofertas se lo hizo público, y para este caso específico se la hizo en la EPMMQ.

Con la apertura de las ofertas, y luego de la evaluación de los documentos, la Comisión Técnica rechazó las ofertas que no cumplieron con los requisitos exigidos en las condiciones generales, especificaciones técnicas y formularios de los pliegos.

La adjudicación se circunscribió a las ofertas calificadas, que determinó a la oferta más favorecedora y calificada. La máxima autoridad de la entidad contratante, con base en los resultados de la evaluación, adjudicó el contrato a la oferta más conveniente conforme a los términos establecidos en el numeral 18 del artículo 6 de la LOSCNP mediante una resolución motivada que se consolidó con la firma del contrato.

LOSNCP:

> "Art 6. - Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.
>
> (18). Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: 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
> Cabe recalcar que todo este procedimiento se cumplió al amparo de las disposiciones de la
> LOSNCP, y su Reglamento General, las resoluciones del SERCOP y el Pliego elaborado para el efecto. Una vez que se suscribió el Contrato de Préstamo, se

aplicó lo previsto en el artículo 3 de la LOSNCP y 2 de su Reglamento General. En tal medida, que las estipulaciones contractuales se sujetaron a lo previsto en el Contrato de Préstamo y sus anexos."

CAPITULO 5

LA NECESIDAD DE EMPRENDER PROYECTOS PARA CONTRATAR OBRA PÚBLICA FINANCIADA CON FONDOS INTERNACIONALES EN BASE A POLÍTICAS Y LEGISLACIÓN ADECUADAS.

5.1. Requisitos mínimos de la gestión pública para control a proyectos financiados por fondos BID: Revisión de los mecanismos de supervisión de la contratación pública por parte de las entidades de control del Estado.

Al analizar a la contratación pública financiada con fondos BID, debemos hacer hincapié en que si bien existen normas y procesos que cumplir para contratar con fondos de organismos multilaterales de crédito, deben existir a la par instancias de control y supervisión de los mismos, así como también, mecanismos e instituciones que vigilen y verifiquen la ejecución de estos recursos, y los procesos de adquisición y ejecución de las obras financiadas con estos fondos.

El objetivo de contar con un control efectivo sobre este tipo de contrataciones, es el prevenir, advertir y observar que los actos y procedimientos preparatorios, precontractuales, suscripción de contratos, su ejecución y liquidación, cumplan las disposiciones previstas en la norma legal que rige la contratación pública, y también, al convenio y estatutos suscritos con el Banco para tal efecto.

Estos controles deben velar para que las contrataciones cumplan los objetivos de la contratación pública y del Estado ecuatoriano junto con las disposiciones del Banco, para que se optimicen los recursos públicos y que autoridades, funcionarios, contratante y contratista hayan procedido con trasparencia, oportunidad, agilidad, igualdad, y demás principios en la ejecución del contrato.

El artículo 211 de la Constitución Política de la República del Ecuador, determina que La Contraloría General del Estado es el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, menciona que:

> "Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos."

El ordenamiento legal vigente, constituye el sustento jurídico mediante el cual la Contraloría General del Estado desarrolla y cumple con los postulados constitucionales en calidad de Organismo Técnico Superior de Control, como persona jurídica de derecho público, facultada para practicar auditorías externas.

Las actividades de control están dirigidas a las instituciones del Estado que administren recursos públicos, a las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y compañías mercantiles y en general a las entidades privadas, respecto de los activos o del capital de carácter público e, igualmente, a las empresas adscritas a instituciones del sector público, o que se hubieren constituido originalmente mediante Ley o Decreto con activos de carácter público.

Hasta hace poco tiempo y por mandato Constitucional la Contraloría General del Estado, le correspondía el control de la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado.

Tenía la responsabilidad de dirigir el sistema de control administrativo, compuesto por la ejecución de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público, y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos, lo cual lo ejercía a través de:

- la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control;

- la expedición de la normativa para el cumplimiento de sus funciones; y
- la asesoría a los órganos y entidades del Estado para apoyar el mejoramiento de su gestión.

La enmienda constitucional respecto de las funciones de la Contraloría General del Estado (artículos 211 y 212 de la Constitución), determina para el **artículo 211 actualmente:**

> "Art. 211.- "La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos",

La enmienda suprime la frase "y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado". Esta modifica el artículo al eliminar la frase "y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado", que consta en el texto original de la Constitución de Montecristi, del 2008. Con ello se elimina esta función de la Contraloría General del Estado.

Mientras que en el artículo 212 se eliminó la frase:

> "Art. 212.- "Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado", se retire la palabra "gestiones".

El cambio se da porque las funciones de la Contraloría son las de vigilar, controlar y dar seguimiento al buen uso de los recursos del Estado pero no las de evaluar el nivel de gestión en los distintos niveles de gobierno, de lo cual se encarga actualmente la Secretaria Nacional de Planificación de Desarrollo (Senplades).

La Contraloría es juez de cuentas. Siempre fue un auditor de uso de recursos públicos, no de gestión y consecución de objetivos de las entidades del Estado. Porque el control

de la gestión le corresponde al superior jerárquico del organismo administrativo donde presta sus funciones el servidor público. Por ende el papel de la CGE está plenamente vigente en cuanto a vigilar el buen uso que den a los recursos provenientes de organismos internacionales para financiamiento de obra pública.

La Ley Orgánica de la CGE[112], determina el tipo de control y regulación mínima que se debe tener al contratar obras con fondos provenientes de cualquier institución multilateral de crédito.

> "Art. 31.- Funciones y atribuciones. La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:
>
> > (29). Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado, con arreglo a las normas de auditoría de la Contraloría General del Estado y de las de la entidad financiadora; incluyendo las operaciones de ajuste estructural y el destino último de los créditos o préstamos concedidos para el país."

A la par con el control de la CGE, las compras públicas en el Ecuador tienen un organismo que vigila los procesos por los cuales las personas naturales y jurídicas ofrecen sus bienes y servicios al Estado. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública instituyó para estos fines el "Sistema Nacional de Contratación Pública", con el objetivo de regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios al Estado.

Por su parte la LOSNCP contempla las atribuciones de los organismos de control en ámbito de contrataciones con el Estado. La Ley en su Art. 15 determina que corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, ejercer los controles posteriores a los procedimientos de contratación.

[112] Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Ley No. 73. RO/ Sup 595 de 12 de Junio del 2002. Art.31.

> "Art. 15.- Atribuciones de los Organismos de Control.- Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes."

De acuerdo a este Art. 15, se puede hacer exámenes de control a los actos llevados a cabo para contratación pública. Hubiera sido deseable que se especifiquen las modalidades de los controles determinados en esta norma, especialmente porque involucran todo el ciclo de cumplimiento del contrato, incluyendo su ejecución, liquidación y la evaluación post contractual, sin perjuicio del control de todos los contratos que corresponde a la Procuraduría General del Estado conforme también lo determina el Art.15 de la Ley.
Último inciso Art.15 LOSNCP.

> "Es obligación del Servicio Nacional de Contratación Pública 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 esta Ley."

Por la redacción de este artículo, en concordancia con su último inciso, el principal medio del control que corresponde al SERCOP, es solicitar información "a instituciones públicas o privadas que crea conveniente"; que se asume que lo haría de forma aleatoria, por la imposibilidad práctica que tendría de analizar todos los contratos en las diferentes fases precontractual, contractual y de evaluación que, además, estaría duplicando las actividades que esta ley asigna a los "Organismos de Control" en el Art.15.

Podemos colegir también de este último inciso que el SERCOP ostenta competencias para sancionar infracciones legales, por lo que se asume que deberá comunicar a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado sobre las infracciones para cuya sanción no tenga competencias propias, así como las sanciones impuestas directamente para efectos del registro o información cruzada que corresponda.

Vemos que, a través del Servicio Nacional de Contratación Pública, se ha expedido políticas, medidas y buenas prácticas gubernamentales de combate a la corrupción y en especial a la colusión en las compras públicas, en ese sentido, se han determinado estrategias vanguardistas, y en alianza con algunas instituciones del Estado como con la

Contraloría General del Estado, se encamina a la Administración Pública en la búsqueda de soluciones que fomenten la integridad en el ciclo de la contratación pública, desde la identificación de necesidades, planificación y presupuesto, selección de proveedores, ejecución contractual, hasta la finalización del proceso con el respectivo pago de los productos

Nuestro marco institucional público posee un ente rector moderno, que está acompañado por la tecnología de la información para su funcionamiento pero que posee credibilidad y reputación y está abierto a acompañarse del concurso complementario de entidades hermanas en cuanto al sistema que debe regular, como la Contraloría General del Estado, la Secretaría Nacional de Planificación, el Ministerio de Finanzas, los ministerios coordinadores y sectoriales, y los gobiernos nacional y locales.

Aparte de todo este control que ejerce la Administración a través de la legislación vigente y las instituciones a cargo, sería óptimo tratar de implementar la estructura organizacional de otros países latinoamericanos que cuentan con unidades específicas para seguimiento de la obra pública que se lleva a cabo con créditos internacionales.

A decir la "Unidad de Administración de la Deuda y Ejecución de Obra Pública" que funciona de manera óptima en países como México o Colombia, la misma que está determinada por tres dependencias identificadas como: front office, mídale office y back office, [113] cuentan con funciones y responsabilidades distintas, las cuales examinan a detalle el origen, la ejecución y el destino final de los fondos y su implementación en la ejecución de obra pública.

La oficina Ejecutiva o de Negociación (Front Office), es la encargada de la coordinación con el poder Ejecutivo de efectuar la negociación o transacción de la deuda recibida por parte del organismo, en representación del gobierno.

Oficina de Análisis de Riesgos (Middle Office), es la encargada del análisis de la información, así como de las proyecciones y estrategias e igualmente de las relaciones con las agencias de riesgo donde deben estar claros los efectos de la transparencia de

[113] Informe de Gestión Pública y Control del endeudamiento público Colombia año 2012. Pág 42.

manera de no afectar la evaluación del riesgo país. En coordinación con otras dependencias como las encargadas de la contratación pública, esta oficina examina constantemente los procesos que tienen que ver con la ejecución del monto de la deuda en la obra pública a beneficiarse. Tanto es así, que goza de plena autonomía para encargarse de verificar paso a paso, desde el llamado a licitación hasta la adjudicación del contrato beneficiado por fondos del exterior.

Oficina de Apoyo (Back Office), está constituida por las dependencias encargadas del registro, control, gestión y utilización de la deuda, así como de la generación de estadísticas y reportes. Las funciones y responsabilidades se elaboran en base a la política fiscal del gobierno y a las disposiciones legales, normas y reglamentación vigente.

Lo ideal sería que estas oficinas y políticas de control estén alineadas con normativa y manuales de procedimientos internos, en donde el ente rector del sistema de crédito público, y las instituciones de contratación pública, elaboren **un comité financiamiento de obra pública con fondos del exterior,** que defina políticas y directrices públicas de contratación y en conjunto que se vigile que exista consistencia en las estrategias y en el proceso de endeudamiento público de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y las disposiciones legales relacionadas con esta materia.

Adicionalmente a ello, la idea de la creación de un manual "per se" de procedimientos para la ejecución de proyectos de obra pública financiados por el BID, muy aparte de lo que se ha creado hasta ahora por parte del SERCOP, sería factible para regular aspectos puntuales para tener un control eficaz y efectivo cuando nos endeudamos con fondos del BID.

Ello incluiría, la composición de la información en el ciclo operacional de la creación de la deuda, una descripción de la información relacionada con el financiamiento externo, así como, los pasos a seguir para el registro de los desembolsos y a qué específicamente se va a dedicar la deuda, incluidas las fases precontractuales y contractuales de la contratación pública para financiamiento de obra, prestamistas, oferentes, entre otros aspectos, con el objetivo de fortalecer y coordinar la capacidad regulatoria del SERCOP y las entidades de control para eliminar y prevenir la manipulación, fraude y colusión en la contratación pública en el Ecuador.

Esos aspectos los ha llevado la SENPLADES, y el SERCOP, a través de sus dependencias, pero de por sí no existe una normativa específica para el control y regulación de este tipo de préstamos, y más específicamente en cuanto al proceso de compra pública que se lleva a cabo por el beneficiario de un préstamo.

El objetivo de este control sería el de gestionar, controlar, hacer seguimiento a la ejecución de los recursos otorgados por los organismos de la banca multilateral y realizar auditorías constantes al esquema o reglas fundamentales, políticas y estándares aplicables en cada una de las fases de la contratación pública del Estado ecuatoriano.

El Estado debería ser consciente de que para que haya una gestión eficaz y con rendición de cuentas en las contrataciones de este tipo, es necesario que existan mecanismos de seguimiento integrales y permanentes y de presentación de informes que hagan posible las evaluaciones comparativas de un período de análisis a otro.

Un nuevo sistema técnico jurídico puntualmente analizado en este campo del financiamiento del exterior, propiciará una capacidad de seguimiento y evaluación que permitirá revisar ágilmente el avance de las contrataciones, rastrear el progreso en la administración de contratos, la historia y desempeño de los proveedores, revisar los resultados de las evaluaciones de las licitaciones en términos de costos, reconocer a los licitantes que han sido pre aprobados, etcétera, así como hacer posibles reportes estándar y ad hoc de todos los aspectos de las contrataciones.

5.2.- Lineamientos para el fortalecimiento del marco institucional y normativa nacional para la Contratación con Fondos Internacionales BID.

En los último años nuestro país se ha ido posicionando en el campo de la Contratación Pública en general y más aún en el campo del financiamiento de obras con fondos de organismos internacionales de crédito, tanto es así, que como ya habíamos comentado incluso el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, firmó un convenio con el Ministerio de Finanzas y el Banco Interamericano de Desarrollo para la aplicación de la

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en algunas de las operaciones financiadas por el BID en el Ecuador[114].

Estos acuerdos y reestructuración del SERCOP se dieron como resultado de una evaluación y análisis jurídico que llevó a cabo el Banco, dentro los cuales se identificaron algunas vulnerabilidades, en cuyo análisis concluyente se dio a conocer que existía complejidad dentro del marco jurídico anterior que producía muchas veces complicaciones y confusión al momento de contratar obra pública financiada con fondos BID, de hecho, existían vacíos por omisión, desconocimiento y problemas de coordinación entre los diferentes organismos de la Administración Pública, sus beneficiarios y las políticas que tiene el BID para financiar obras.

En respuesta a esta problemática, se pusieron en marcha diferentes soluciones que responden a medidas que se pueden realizar a corto plazo dentro del marco institucional, legal vigente. Estas medidas pueden requerir de nuevos reglamentos, modificaciones a los reglamentos existentes o modificaciones legales menores y, posiblemente medidas que involucran la creación de nuevas instituciones, teniendo como consecuencia cambios administrativos, reglamentarios y legales de mayor profundidad.

En favor del fortalecimiento del marco normativo nacional para la contratación con fondos internacionales, el SERCOP debería emitir instrucciones y ejercer monitoreo de los procedimientos de contratación financiados por el BID que ya se establecieron a través de estos convenios, para asegurar que las especificaciones técnicas o términos de referencia sean objetivos y neutrales, de acuerdo con normas internacionales.

Este plan se basa en los principios medulares internacionalmente reconocidos para las contrataciones públicas: eficiencia, transparencia y control del riesgo para evitar casos de corrupción, competencia y uso óptimo de recursos para lograr el mayor valor por inversión realizada en favor de la comunidad.

Según el diagnóstico de Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública hecho por el BID en 2011, las brechas identificadas y que se busca disminuir son:

[114] Boletín de Prensa del Servicio Nacional de Contratación Pública http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop 10/1/2014

- Cantidad de licitaciones desiertas producto de bases inadecuadas, incompletas y/o demasiado complejas.
- Cantidad de licitaciones desiertas producto de la deficiente definición de los criterios de evaluación de adquisiciones (ponderaciones).
- Compradores con desconocimiento e interpretación inadecuada de la normativa que rige al sistema de compras públicas con fondos del BID.[115]

Conviene señalar que un documento o un proceso no puede ser cambiado a plena voluntad, ello debe ser profundamente analizado en distintos aspectos previamente definidos, como la identificación de las falencias de una entidad o la cantidad de desvíos por desconocimiento de la ley que ejecutan los oferentes, contratistas y prestamistas.

La propuesta de elaboración de una normativa interna o llamado también "Manual Operativo del Proyecto para el Mejoramiento del Sistema Nacional de Control de Obra Pública financiada por fondos del BID", sería una propuesta de mejoramiento para una gestión pública eficaz e integra.

Este Manual, sería un documento de referencia para la gestión integral del proyecto, cuando los proyectos sean financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo BID, según el Contrato de Préstamo del o los proyecto de beneficiarios.

El Organismo Ejecutor del Proyecto, sería el SERCOP conjuntamente con la Contraloría General del Estado, la cual actuaría por intermedio de una nueva Unidad de Gestión del Proyecto UGP.

El propósito de este Manual sería el de proporcionar el esquema de gestión, pautas, normas, guías y estándares en la organización, gestión e implementación del mismo, con la finalidad de dotarlos de procedimientos simples y claros que permitan una ejecución eficiente y oportuna cuando se trate de este tipo de proyectos.

[115] Fuente: Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCPmetodología OCDE-CAD. Mayo 2011. Ebtre el BID y el INCOP. Pág. 206.

El Manual se basaría en las estipulaciones del contrato de préstamo, y los documentos de soporte de dicho contrato, especialmente en los referidos a las políticas, normas y procedimientos para proyectos con financiamiento del BID, y adicionalmente en las normas y dispositivos legales y administrativos nacionales que correspondan.

Este Manual establecería la organización de la ejecución del Proyecto, detallando las fases, procesos y procedimientos así como también:

1. Procesos elegibles de acuerdo al alcance del proyecto;
2. Condiciones de elegibilidad de los gastos;
3. Procedimientos de adquisiciones del Proyecto, incluyendo documentos de contratación aplicables a las diversas actividades elegibles;
4. Procedimientos de desembolsos y de rendición de gastos;
5. Planes de ejecución, plan de adquisiciones, planes operativos anuales y otras herramientas necesarias para la ejecución y evaluación del Proyecto y
6. Niveles requeridos de no objeción por parte del BID.

Esta nueva normativa también creará institucionalidad, o una unidad ejecutora que se encargue de:

1. Velar por el fiel cumplimiento de los acuerdos asumidos por el Estado ecuatoriano en el Contrato de Préstamo con el BID y de las obligaciones y condiciones estipuladas en el mismo, en materia de la ejecución del Proyecto.
2. Supervisar el proyecto, en coordinación con el BID, SERCOP y Ministerio de Finanzas, para el logro de los objetivos y metas acordados en el Contrato de Préstamo, incluyendo las coordinaciones internas con las diferentes unidades de control y las coordinaciones externas pertinentes.
3. Elaborar y mantener actualizados los documentos de gestión del proyecto como lo son: El Plan de Ejecución del Proyecto, Plan Operativo Anual, Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones PAC y Plan Financiero del proyecto para cada año de ejecución.

Se designaría también una oficina "Especialista en Adquisiciones y Contrataciones" cuyas funciones de sus integrantes sean las siguientes:

1. Responsables de los procesos de selección y contratación para adquirir bienes, obras o contratar servicios, necesarios para la ejecución de las actividades del proyecto, conforme al Plan Anual de Contrataciones previamente formulado y aprobado, y a las políticas de adquisiciones del BID plasmadas en el contrato de préstamo, y en las políticas nacionales, cuando sea pertinente.
2. Consolidar en coordinación con las instituciones de control como la Contraloría y para revisar la documentación de adquisiciones y contrataciones.
3. Elaborar los documentos de los procesos de adquisiciones y contrataciones
4. Realizar, supervisar y evaluar los procesos de adquisiciones y contrataciones y velar porque cumplan con las estipulaciones del Contrato de Préstamo, normas y procedimientos del BID y normas de contratación y adquisiciones del país cuando corresponda, en coordinación con los comités de evaluación.
5. Participar en los comités de selección de los oferentes en los procesos de adquisiciones y contrataciones, para que así los oferentes o participantes no actúen bajo desconocimiento, y tengan a la mano profesionales calificados que los instruyan.
6. Diseñar los mecanismos necesarios para realizar el seguimiento permanente y evaluaciones periódicas de los procesos de adquisiciones y contrataciones del proyecto.
7. Revisar la documentación de los procesos de contratación y adquisición.

Por su parte el BID al actuar en conjunto con esta oficina de control, y seguimiento a las adquisiciones tendría las siguientes funciones:

1. Supervisar la ejecución del Proyecto y velar por el cumplimiento de las estipulaciones del Contrato de Préstamo y la aplicación de las normas y políticas del BID en la materia.
2. Otorgar la viabilidad del proyecto ante el cumplimiento de las condiciones previas para el primer desembolso.
3. Otorgar la No Objeción a los documentos de gestión del proyecto, puesto que ya han sido revisados por esta unidad de control y ello asegura que cumplen con los requisitos que el Banco requiere.

4. Otorgar la No Objeción a los diferentes documentos de los procesos de adquisiciones y contrataciones, tales como términos de referencia, bases de licitaciones, ternas o listas cortas de candidatos, informes finales, etc., de acuerdo a las estipulaciones del Contrato de Préstamo y las normas y políticas del BID en la materia, con el mismo objetivo del anterior punto.
5. Revisar las solicitudes de desembolso, rendiciones y efectuar los depósitos correspondientes en las cuentas especificadas.
6. Revisar los procesos de adquisiciones y contrataciones, en forma ex ante o ex post, según planificado.
7. Certificar el cumplimiento de las condiciones contractuales que así se requiera, incluyendo informes de ejecución, evaluación y auditoría.
8. Otorgar la No Objeción al Manual de Operaciones, así como los controles que haga la unidad de control de adquisiciones que se crearía.

Finalmente, se lograría un mejoramiento importante en el sistema de contratación pública cuando se financien con fondos BID, si se logra establecer o estandarizar más allá de lo se ha hecho hasta ahora, los documentos que se hagan en la fase precontractual de licitación pública.

El Banco junto con el SERCOP deberían elaborar una lista de proyectos basados en ciertas especificaciones de montos y requisitos técnicos, que podrían ser encasillados dentro de una propuesta de unificación de términos contractuales, es decir, se podría estandarizar lo siguientes documentos bajo los términos de referencia del BID y de nuestra legislación nacional en materia de contratación pública.

- Estándares de bases de licitación.
- Estándares de términos y condiciones de los contratos.
- Estándares de planillas y formas usadas para las licitaciones.
- Estándares de Procesos, pliegos.
- Estándares de adquisición de obras, bienes y servicios.
- Estándares de vocabulario de contrataciones.
- Estándares de informes (con posibilidades de personalización).
- Estándares de acreditación para contrataciones.

CAPITULO 6

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Los resultados del análisis a la contratación con fondos de organismos internacionales de crédito en el caso ecuatoriano, nos muestran un sistema joven en proceso de consolidación, cuyos indicadores de línea de base y de cumplimiento y desempeño lo ubican en un nivel medio con respecto a la región de acuerdo a las observaciones en los informes del mismo Banco Interamericano de Desarrollo.

La percepción general de los expertos en el temase orienta en que a partir de esta línea de base aún se puede desarrollar un programa de reformas o implementación de nueva normativa, que se consoliden a la final en prácticas de buen cumplimiento y desempeño de manera definitiva en el marco de las mejores prácticas internacionales en materia de contratación pública interna, y sobre todo, en aplicación de las políticas y objetivos nacionales primordialmente.

Con este trabajo, podemos concluir que la contratación es un medio por el cual el Estado y sus entidades expresan su voluntad de contratación a fin de satisfacer necesidades; y, por ende su acción para llevar acabo los planes inherentes a él, por medio de la ejecución de obra, adquisición de bienes, prestación de servicios, consultoría, etc. Siendo la forma de interacción con los administrados, para velar por los intereses comunes de la sociedad, por ser la contratación un medio de acción, que se fundamenta especialmente en el debido manejo de los fondos públicos provenientes de contrataciones con Bancos extranjeros, que requirieren métodos idóneos para su manejo.

El sistema normativo para la contratación pública tiene la finalidad de cumplir los principios de: legalidad, igualdad, oposición o concurrencia, publicidad y transparencia; y, en consecuencia, que la licitación nacional o internacional se ejecute con la participación, especialmente de ámbito de oferentes nacionales, como manda nuestra carta magna y ello que concluya en un contrato conveniente técnica y

económicamente para los interés institucionales, utilizando para la evaluación del procedimiento, la conformación de comisiones de apoyo técnico para revisión de ofertas.

Como este trabajo lo ha expuesto, la contratación pública está contemplada por mandato legal, y ahora da una marcada igualdad ya que se han juntado fuerzas, entre el estado a través del SERCOP y BID, con él único beneficiario el administrado para conseguir obra pública al servicio de todos los ecuatorianos.

Este trabajo recogió los procedimientos no solo utilizados por Ley, sino los procedimientos internacionales de contratación, utilizados en el ámbito público.

Para concluir, el valor agregado de la presente investigación se basa en las concordancias en cada uno de los temas relativos a la contratación pública, frente a la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo mismo con la Constitución de la República, dando a conocer las variaciones, eliminaciones y agregados de conceptos y modalidades introducidas, lo cual hace de este trabajo no solo un elaborado académico, sino una herramienta útil y práctica.

A partir de agosto del 2008, el sistema de contratación pública vigente en nuestro país comprende diversos procedimientos precontractuales que deben obligatoriamente observar las entidades contratantes, en atención a la obra, bien o servicio que se requiera. La licitación pública, es una de las modalidades de contratación pública que se inicia con una convocatoria pública a ofertar y exige el cumplimiento de una serie de requisitos orientados a que la administración pueda elegir la oferta más conveniente. Como todo procedimiento precontractual la licitación finaliza con el acto de la adjudicación que equivale a la aceptación de la oferta por parte de la Entidad Contratante, para lo cual la administración goza de relativa discrecionalidad, pero siempre ha de ceñirse a las reglas establecidas en la Ley y en los pliegos.

Respecto a la licitación pública, y, a los reglamentos internos de los organismos multilaterales de crédito, es importante señalar que su tramitación a más de perseguir como finalidad las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, y oportunidad para la Entidad Pública, también se consideran factores como la eficacia, eficiencia y buena

fe, con lo que se convierte en uno de los sistemas con mayor aceptación, cuya finalidad es la de seleccionar a la persona natural o jurídica más idónea para la celebración del contrato. La licitación es un procedimiento que generalmente se aplica para contratación de obras y adquisiciones de bienes y servicios de importantes cuantías, lo que además constituye factor dinamizador de la economía y favorecedor del desarrollo del país.

El endeudamiento público externo puede contribuir en algunos casos en un aumento de la tasa de crecimiento siempre que los recursos obtenidos sean utilizados para ser invertidos en proyectos de importancia para fomentar la producción nacional y el país.

RECOMENDACIONES

No obstante, como toda procedimiento normativo o norma jurídica, siempre es perfectible y por tanto más allá de criticarla o estigmatizarla, es necesario perfeccionarla; cuando sea posible sin necesidad de modificar la propia Ley pero eso si creando nueva normativa interna que complemente lo establecido actualmente, lo cual sería ejecutable a través de reglamentos, instructivos y/o manuales.

Ello en base al desarrollo de herramientas complementarias que permitan perfeccionar el uso del sistema; y, cuando esto no sea factible, proponer la modificación de la propia Ley, procurando abarcar todos los aspectos posibles. Entre los aspectos que, en mi criterio, deben ser ajustados o modificados para cumplir con los principios de la contratación pública, sugiero las siguientes:

1. Aumentar el control concurrente por parte del SERCOP, el cual ha sido dotado mediante Ley, publicado en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013, de las facultades de efectuar supervisión concurrente ante el reclamo motivado de quien se considere afectado por las actuaciones de las entidades contratantes, pudiendo suspender temporal o definitivamente un proceso, en caso de encontrar anomalías o irregularidades que así lo ameriten.

Hecho que en principio considero positivo, por cuanto esto permitiría realizar correcciones que ahorrarán muchos conflictos posteriores y sobre todo ingentes recursos

al Estado, no obstante su aplicación todavía no refleja los resultados esperados, supuestamente por la falta de un reglamento de aplicación.

Es pertinente aclarar que no se trata de asumir las funciones de la Contraloría General del Estado que deberá continuar ejerciendo su función fiscalizadora, sino de un apoyo legal y técnico que en alguna medida prevenga este tipo de situaciones.

2. Implementar un ente regulador o una unidad de supervisión de adquisiciones, así como lo explicábamos en el capítulo anterior, encargado de supervisar todos los procesos bajo la normativa de excepción, ya sea anexo a la PGE o una subsecretaría que regule a cabalidad todos los convenios firmados con bancos del exterior. Que genere informes periódicos, a fin, de que los procesos y suscripciones de convenios sean trasparentes y gocen de credibilidad.

3. Es necesaria la existencia de una reglamentación especializada y no solo la que tenemos actualmente para este tipo de contrataciones, con el propósito de orientar a las entidades y contratistas, con ello se buscaría despejar dudas y desaparecer los posibles vacíos legales que se presentan a menudo sobre estos temas de manera más concreta. Ejemplo de ello como también lo propusimos anteriormente, el hecho de crear un "Manual de Procedimientos", realizado únicamente para este tipo de contrataciones, sería escencial para

4. Se deberían auditar a fondo un número determinado de estas contrataciones para demostrar que han cumplido con el objetivo y que ha sido beneficioso para los intereses estatales.

5. El régimen de contratación con fondos de organismos multilaterales de crédito debería ser por excepción, y el mismo debe ser analizado solamente como un mecanismo extremo para solucionar problemas de índole extraordinario, es decir, cuando las circunstancias existentes en el momento de contratar obra pública son claramente insuficientes económicamente para resolver un problema público o una catástrofes, así como, graves circunstancias que afecten la vida de la población.

6. Si se va a contratar con un organismo de crédito internacional debe ser por un plazo determinado, ya que si se contrata por una medida temporal, no debería ser casi que indefinida como ocurre en la práctica, con la serie de convenios y préstamos que se firman y que al momento de la consecución del mismo no existe una obra terminada quedándose "en el aire" la mayoría de ellas.

7. A más del marco jurídico que brinda la Codificación de la Ley de Contratación Pública, es necesaria una reglamentación única y obligatoria para todas las entidades públicas que manejen recursos provenientes del BID.

8. Que el gobierno defina una política de endeudamiento público externo que mantenga el servicio de la deuda, en un nivel moderado que no afecte el presupuesto general del Estado.

9. Guardando relación con el punto anterior creemos que es conveniente que los fondos obtenidos o que se obtengan por acuerdo de préstamos ya firmados, sean bien invertidos y no destinados a gastos corrientes como se ha estado haciendo en los últimos años, analizando la capacidad de endeudamiento del país antes de aprobar los diferentes empréstitos internacionales.

10. Se recomendaría que se instaure un convenio con el Banco para que los préstamos del BID deban realizarse en lapsos de tiempo más cortos, ya que estos en muchos casos se demoran y los países que solicitan estos recursos no van a poder suplir sus necesidades de inversión pública a tiempo

11. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debería ser más puntual en cuanto a determinar en qué casos aplica o no la legislación interna y en casos aplica el convenio. Es decir clarificar y limitar el ámbito de aplicación a manera taxativa.

Finalmente se recomienda hacer una revisión de la LOSCP en cuanto a financiamiento extranjero en base a cuatro pilares fundamentales desde mi punto de vista, ya que en legislaciones y derecho comparado existente, los demás países de Latinoamérica si gozan de una normativa especial y específica para contratar obra pública con fondos

internacionales, y no solo ello, también prevén casos específicos de qué normativa aplicar cuando se enfrentan a casos de conflicto entre las partes y no lo subrogan únicamente a la decisión unilateral de los bancos para resolver controversias.

Se recomienda también en base al punto anterior fijar montos específicos para cuando se deba aplicar las normas o convenios.

Establecer parámetros fijos sin variables y sin dejar lugar a interpretaciones abiertas como por ejemplo lo que se podría sugerir al legislador para que lo incorpore al espíritu mismo de la norma es que:

> "Para los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública LOSNCP

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis. Tratado Administrativo de Derecho Público, Porrúa. JURIS Ediciones. Año 206. Pág. 3.
- BARBOZA, Julio, Contratos públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, reimpresión, Bogotá Colombia. Año2004. Pág. 220.
- BARBOSA, Julio, Manual de Derecho Internacional Público. Zavalia Ediciones. CDMX 2003. Pág. 67.
- CABRERA, Loraine, Licitación Pública: ¿CONTRATO O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO? CARAVANE Editora. Año 208. Pág. 1
- DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998. Pág. 366.
- ESPINOZA LUCERO, Manuel Estudio de la Licitación Pública, México, Av. República Argentina, Editorial Porrúa, 2002. Pág. 10
- GARÓFALO, Aurelio. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, ed. Pudeleco, Quito. Pág. 113.
- HANSON, A. H., Public Enterprise and Economic Development, Londres, Traducido en México, 1987. Págs. 24, 33 y 34.
- OSSORIO, Manuel y Florit Profesor madrileño, Tratado de derecho Internacional Público. Pág. 3.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, "La Licitación Pública", Montevideo, reedición, B de F, 2005.
- SORIA Galarza, Narda Elizabet. El procedimiento precontractual de licitación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito, 2011. Pág. 47.
- VIDAL, Perdomo Jorge, Derecho Administrativo, Bogotá, editorial el Greco, 1975, Pág. 459.
- ZAVALA Egas, Jorge, "Lecciones de Derecho Administrativo", Guayaquil, Ecuador: EDILEX S.A. Pág.78.
- BID, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento del Banco Interamericano de Desarrollo, Estrategia de País del BID, 2012- 2017. Septiembre de 2013.
- SERCOP, Informe de Gestión, "LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INCLUSIÓN, INNOVACIÓN Y TRANSPARENCIA" 2014, TCC.2014, seguimiento físico y contractual de obras en el sector público. Pág. 3,4 y 5.

- Constitución Política de la república del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Manual de Procedimientos Endeudamiento Público, Ministerio de Finanzas, CODIGO: SA-CRHDI-02-I-2010.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública – LOTAIP, Registro Oficial Suplemento 337 de 18-may-2004.
- Modelo de Pliego "Condiciones particulares del contrato de Licitación de Obras" versión 1.0 de 29 de octubre 2014.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública R.O. 395.
- Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700 Registro Oficial Suplemento 588 de 12-may.-2009.
- Ex Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero de 2001.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 306 del 22 de octubre de 2010.
- Políticas para la Selección y Contratación de Obras y Bienes Financiados por el BID documento GN-2349-9.
- Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo -BID-.
- Repositorio BID Políticas Operativas Generales Documento PR-202, Préstamos para Programas de Obras Múltiples.
- CONVENIO Constitutivo BID Préstamos de Créditos Globales Artículo III Operaciones.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 115.
- CONVENIO Constitutivo BID Préstamos de Apoyo a Reformas de Política Artículo III Operaciones.
- Guía para la Aceptación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones", en este caso el documento GN-2538-6.
- Portal BID Denuncias Fraude y Corrupción www.iadb.org.
- Fuente Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo www.iadb.org.
- Fuente Portal BID Banco Interamericano de Desarrollo Sección Estrategia País Ecuador www.iadb.org.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

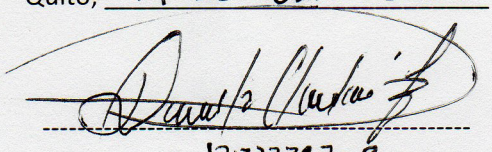
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Daniela Albari Zumárraga C.I. 1713723477-4 autor del trabajo de graduación intitulado: Contratación pública financiada con fondos BID , previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 19 DE ABRIL DE 2016



1713723477-4.

FIRMA Y CÉDULA



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA
No. 171372347-4

APELLIDOS Y NOMBRES
ALBAN ZUMARRAGA
MAYRA DANIELA

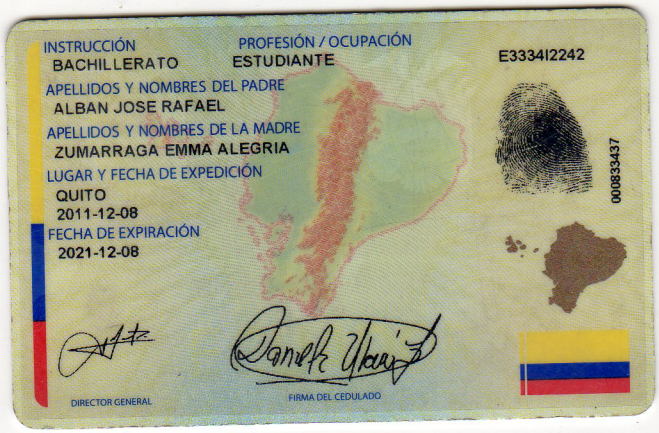
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1986-01-20

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO F

ESTADO CIVIL Soltera



INSTRUCCIÓN
BACHILLERATO

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

E3334I2242

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ALBAN JOSE RAFAEL

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ZUMARRAGA EMMA ALEGRIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2011-12-08

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-12-08

000833437

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO