

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE COMUNICACIÓN, LINGÜÍSTICA Y LITERATURA
ESCUELA MULTILINGUE DE NEGOCIOS Y RELACIONES INTERNACIONALES**

**DISERTACIÓN DE GRADO PREVIA A LA OBTENCION DEL
TITULO DE LICENCIADO MULTILINGUE EN NEGOCIOS E
INTERCAMBIOS INTERNACIONALES**

**ANÁLISIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN O
SERVICIO EN UN MERCADO INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL SISTEMA
NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÍODO 2008 - 2013**

PEDRO ANTONIO SALVADOR RUMAZO

QUITO, 2014

DEDICATORIA

*A Dios,
en Él todo es posible.*

*A mi madre y abuelita,
ejemplos de trabajo y amor incansable.*

*A todos quienes recuerdan de dónde vienen para saber a dónde van,
su valor es incalculable*

AGRADECIMIENTO

*A mi familia y amigos
por su constante y leal cariño.*

*A mi novia
por su amor y motivación durante este proceso.*

*A mi director, Jorge Mora y lectores, Bertita Morales y Marco Soasti,
fuentes de conocimiento y experiencia con calidad humana.*

ÍNDICE

1.	TEMA	1
2.	INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I		
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE INSTITUCIONES PÚBLICAS ECUATORIANAS COMO FACTOR DE RIESGO FRENTE A SOCIOS COMERCIALES		
1.1.	El control público nacional ante procesos de CP con proveedores de Estados Socios	2
1.1.1.	Inspecciones públicas que representen la interdependencia de Ecuador con Socios Comerciales Internacionales	2
1.1.2.	Legitimidad internacional del control público frente a la soberanía de cada Estado Socio	4
1.1.3.	La doctrina de control público y su incidencia en decisiones de Estados Socios	7
1.2.	Aceptación de Organismos Internacionales por parte del sector privado Internacional	9
1.2.1.	Trascendencia de Instituciones Internacionales en la integralidad de la empresa privada global	9
1.2.2.	Incentivo de lucro privado en atención a un sistema diplomático internacional	11
1.2.3.	Iniciativa privada de CP en complemento a la integración mundial	13
1.3.	Beneficiarios de fondos públicos amparados a acuerdos Internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano	15
1.3.1.	Dogma internacional de la CP y la realidad de actores obligados al sistema local	15
1.3.2.	Justificación de adquisiciones internacionales ante un reconocimiento exterior legítimo	17
1.3.3.	Relación de autoridad comercial internacional y la optimización de recursos locales destinados a la CP	19
CAPITULO II		
MARCO JURÍDICO COMERCIAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA		
2.1.	El departamento de contratación pública de los organismos estatales como filtro de control de compras públicas sujetas a regulación de la Contraloría General del Estado	21
2.1.1.	La capacidad del contratante ante una auditoría de la CGE	21
2.1.2.	El control normativo de Contraloría sobre la determinación del departamento de contratación pública	23
2.1.3.	La integralidad de un proceso de CP internacional como previsión de un litigio ante una auditoría estatal	26
2.2.	La incidencia de Contratistas públicos internacionales en la gestión de la Secretaría Nacional de Transparencia y Control Social	28
2.2.1.	La experiencia internacional privada frente a la Imparcialidad de la SNTCS	28

2.2.2.	Contraste entre el utilitarismo de acuerdos comerciales y la iniciativa pública local	30
2.2.3.	Reconocimiento internacional de contratistas ante una institución pública de control participativo	32
2.3.	El control del Ejecutivo en procesos de CP analizado a través de los especialistas	34
2.3.1.	Teorías Internacionales de comercio y negociación aplicables a una regulación transparente	34
2.3.2.	Reformas del ejecutivo frente a necesidades objetivas	36
2.3.3.	Relevancia política de actores externos en el sistema presidencial	38
CAPÍTULO III		
LA DISCRECIONALIDAD DE LA LOSNCP Y SU REGLAMENTO EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS INTERNACIONALES.		
3.1.	El SERCOP como supervisor jurídico de los procesos de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano	40
3.1.1.	La Eficiencia del SERCOP como entidad estatal reguladora	40
3.1.2.	La innovación de la ley para un sistema complejo de control	42
3.1.3.	La participación del SERCOP ante el orden normativo del Estado	44
3.2.	El roll de las instituciones públicas y sus autoridades como entidades contratantes de un Estado Interdependiente	46
3.2.1.	Las actividades y responsabilidades Internacionales del contratante	46
3.2.2.	El ordenamiento de una estructura racional del sector público	49
3.2.3.	La eficiencia en el alcance Internacional de las empresas públicas	51
3.3.	Los proveedores del Estado y su participación como Contratistas Públicos	53
3.3.1.	Una administración determinante para una productividad privada con incidencia exterior	53
3.3.2.	La relación entre la exigencia del sector privado y su participación en el sector público	55
3.3.3.	La dependencia y flexibilidad de la empresa privada internacional con el sector público ecuatoriano	57
3.	ANÁLISIS	59
4.	CONCLUSIONES	62
5.	RECOMENDACIONES	63
	BIBLIOGRAFÍA	65

1. TEMA

ANÁLISIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN O SERVICIO EN UN MERCADO INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÍODO 2008 - 2013

2. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2008, Ecuador ha atravesado cambios relevantes en su organización política, económica, comercial, jurídica, entre otras, lo que ha convertido al Estado como principal promotor y responsable de dichas modificaciones. Una de ellas es la Contratación Pública, cuya importancia se sustenta en que el Gobierno de turno determina su status tanto moral como productivo en la imagen que su gestión sobre fondos públicos represente. Por dicha razón esta disertación analizará cómo el alcance legal que tiene la LOSNCP y su reglamento se enmarca dentro de las fronteras del país en el que fue suscrita, motivo por el cual se pretende crear normas que controlen los procesos que son llevados a cabo en territorio internacional en procesos de Contratación Pública. Este ámbito en 2012 alcanzó un monto cercano a los \$10,400'000.000, lo que representa alrededor del %40.00 del Presupuesto General del Estado o el %15.00 del PIB del mismo año. Dentro de este monto están previstas las compras tanto nacionales como internacionales, y es en este segundo factor en el que la LOSNCP y su reglamento presentan limitaciones en el proceso a seguir, y por lo tanto una oportunidad de desarrollo para el país y su estructura jurídica.

Dentro de un sistema de Derecho Internacional es posible encontrar normas legales que sean aceptadas en la Comunidad Internacional y más importante aún, es que son admitidas por el RLOSNCP. De esta manera se plantearán soluciones tentativas a conflictos comerciales que trascienden fronteras y envuelven a organismos de representación Estatal y Entidades Internacionales en problemáticas que pueden acarrear costos tanto políticos como administrativos innecesarios. Es por ello que esta investigación se desarrollará en un marco de Derecho Internacional Público en el que se enfoque la realidad de la contratación Ecuatoriana a partir de la implementación de la LOSNCP, en el 2008, con sistemas aceptados en el Panorama Internacional referente a procesos comerciales en los que intervengan intereses Estatales.

CAPÍTULO I

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE INSTITUCIONES PÚBLICAS ECUATORIANAS COMO FACTOR DE RIESGO FRENTE A SOCIOS COMERCIALES

1.1 El control público nacional ante procesos de CP con proveedores de Estados Socios

1.1.1 Inspecciones públicas que representen la interdependencia de Ecuador con Socios Comerciales Internacionales

El sistema globalizado internacional representa circunstancias en las cuales cada participante se somete a reglas tanto explícitas como implícitas. Aquellas normas explícitas se originan de cuerpos legales a la que los Estados se obligan en aras de conseguir un bienestar de vecindad internacional, mientras que aquellas implícitas se originan de comportamientos comunes desarrollados desde los inicios de las relaciones internacionales. (HOLGUÍN, 1998)

Una de estas normas es la interdependencia de los países, dicha teoría explica la manera en la que la necesidad de actores internacionales, con diferentes circunstancias legales, políticas, sociales y económicas, genera una relación con razonamiento autónomo y equilibrado entre aquello que un Estado toma del entorno global según lo que requiere y aquello con lo que aporta al sistema para satisfacer las necesidades del resto de actores. (BAJAÑA, 2013)

En el caso de Ecuador la realidad no es diferente, y prueba de ello es que durante el periodo de Enero de 2008 a diciembre de 2012, se manejó un promedio anual de 200 socios comerciales y un estimado de cincuenta mil millones de dólares (USD 50.000'000.000). Este hecho indica que Ecuador es, por lo tanto, un agente económico internacional el cual depende y del cual depende un sistema productor global (TRADEMAP, 2013). Es por esta realidad que las decisiones que son tomadas como de representatividad autónoma, deben en todo momento ser consideradas en el entorno en el que este país se desenvuelve, ya que una alteración política, económica social o de cualquier otra índole puede desencadenar problemas en el sistema de vinculación de dependencias en el que Ecuador se encuentra envuelto. En cuanto al tema de Contratación Pública (CP), las características de una decisión es el poder de representatividad oficial que

cargan consigo. Una disposición en materia de CP declara al Estado como una entidad contratante a nivel internacional y atraviesa los poderes oficiales por lo que son de carácter nacional y representan a Ecuador ante sus socios comerciales, aún cuando los contratistas pueden ser empresas privadas domiciliadas en países extranjeros.

Referente a esta condición, Ecuador cuenta con su propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, expedida en 2008 seguido de su Reglamento General, los cuales nombran al Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, como principal organismo regulador del Sistema Nacional de CP y lo califican además como el encargado de autorizar y normar toda adquisición de bienes y servicios de mercados extranjeros (SERCOP, 2009). Pero las decisiones que se vinculan a esta materia en una rama mundial no se limitan al concepto económico o productivo de Ecuador; las Relaciones Internacionales de carácter político, social, ambiental, entre otros, de este país con sus socios comerciales hacen de la CP, en este caso, un factor que acarrea con consecuencias que influyen en la interdependencia de Ecuador ante el resto del mundo.

En un contexto específico está el caso de la relación Ecuador – China. El país asiático es desde el 2009 en el mayor acreedor de la deuda externa de su socio latinoamericano a partir de la venta anticipada de 69 millones de barriles de petróleo, durante dos años, a cambio de la entrega inicial de USD 1.000 millones, con una tasa de interés anual del 7,25%. Gracias a la liquidez de China, los representantes políticos de Ecuador consideraron ventajoso aceptar financiamiento y crédito de la misma fuente hasta llegar a una deuda aproximada a los USD 7.200 millones para finales del 2012 (ARAUJO, 2011). Durante este mismo periodo de tiempo (2009 – 2012), se adjudicaron oficialmente la construcción de 9 centrales hidroeléctricas a través de un modelo de Contratación Pública de obras, entre ellas Coca-Codo Sinclair y Sopladora, a empresas privadas expertas en el desarrollo de obras energéticas originales de China, como Sinohydro y Gezhouba (Carlos RODRÍGUEZ, 2012).

Especialistas como el Ex Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinoza Guzmán, sostienen que este fue el tiempo de consolidación de las relaciones entre Ecuador y China (EL UNIVERSO, 2013), mas fue en el momento que el marco legal del Sistema Nacional de Contratación Pública debió ejercer su poder autónomo ante circunstancias que obstaculizaron el acercamiento entre estos dos países. En primer lugar está el proceso reservado del Ministerio de Defensa Nacional y la empresa china CETC, para la adquisición de radares satelitales direccionados a Seguridad Nacional; radares que no pudieron ser utilizados a causa problemas de origen. Razón por la que el Ministerio de Defensa amprados en el Art. 117 del RLOSNC y el Art. 73 de la LOSNCP efectivizó las garantías de Buen Uso de Anticipo por el valor de USD 39 millones que fungía como adelanto del total de contrato, USD 60 millones (EL UNIVERSO, 2012).

Como segundo lugar está el caso del Proyecto Multipropósito de Chone, Manabí, entre la Secretaría Nacional del Agua y la Empresa China Tiesiju, en el cual la fiscalización del Estado determinó, tras multas por violaciones de seguridad de los trabajadores y paralizaciones de las obras sin sustento legal, la terminación unilateral del contrato adjudicado directamente, con el amparo de la LOSNCP, por un total de USD 52 millones (ECUADORINMEDIATO).

Proyectos bilaterales entre Ecuador y China que fueron criticados, como el Proyecto Mirador, marcaron un periodo en el que la relación ascendente de estos dos países se vio desacelerada y prueba de ello es la cese de acuerdos y visitas bilaterales alcanzadas entre estas dos naciones a partir del primer trimestre de 2012 tal como lo demuestra el reporte oficial de acciones de la Embajada de Ecuador en China. (EMBAJADA DE ECUADOR, 2013)

1.1.2 Legitimidad internacional del control público Ecuatoriano frente a la soberanía de los Estados Socios.

Si se incurre en Ciencia Política es posible apreciar la Legitimidad internacional como la capacidad del poder para ejercer participación sin necesidad

de recurrir a la coacción que supone la amenaza de la fuerza. De tal forma, el Estado es legítimo ante la comunidad Internacional si existe consenso entre sus pares políticos para aceptar la autoridad vigente en las decisiones pertenecientes al resto de miembros, según su estructura de jerarquía. (WORDREFERENCE, 2002)

Por otra parte, la soberanía, según Niccola Matteucci, se definía como un sistema jerárquico en el que el poder de la nación se encontraba en las manos de una sola persona; mas tras las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII se dio paso a un sistema de democracia nacional, por ello, fue preciso crear parlamentos que reflejen la representación popular e instaurar procedimientos para elegir a sus representantes. Esto dio paso a la llamada Democracia Representativa y otorgó a la soberanía el carácter de Popular; lo que significa que es originada y residente en el pueblo y existente para beneficio de éste. (ELMIR, 2009)

De esta manera se entiende que de la misma forma en la que los mandantes de una democracia legitiman los poderes públicos y limitan su atribuciones y facultades, los participantes del sistema internacional otorgan el título de legítimo a aquello a lo que se han comprometido por medio de acuerdos y convenios en un marco legal y exigible ante sus pares, sujetos de Derecho Internacional. La diferencia entre el sistema legítimo nacional y su equivalente global es que aunque el Derecho Internacional posee un sistema de fuentes obligacionales que vinculan a los Estados, no existe un órgano legislativo que las cree, pues ellas surgen por medio de acuerdos de los propios sujetos de derecho, en el proceso de sus relaciones mutuas. (ELMIR, 2009)

La situación internacional pretende definir la conducta de los Estados con respecto a otros Estados, mas cuando se trata de conductas normativas se debe tener en consideración que las disposiciones domésticas forman un cuerpo legal que ha sido adoptado a través de una legitimidad local, en función de la representatividad de poderes, pero tan solo supone incurrir una legitimación internacional a través de una propuesta reguladora con bases en acuerdos previos, los mismos que pueden entrar en conflictos con la soberanía interna de

aquellos países miembros de la comunidad internacional vigente. (KINGSBURY, 2010)

En el particular caso de Ecuador se presencia la legitimidad de un cambio estructural a través de una reforma legislativa impulsada tras la positiva ante el referéndum constitucional del año 2008. Una de las normativas resultantes de esta transición fue la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, las cuales amparan procesos que cautelan y objetivan una preferencia a la producción nacional, sin dejar de lado la necesidad de de bienes y servicios del extranjero que, en consideración de nuestra matriz productiva primaria, no pueden ser desarrollados en el ámbito local.

Esta característica de la contratación pública ecuatoriana ratifica al Estado en su calidad de actor comercial internacional, lo que conlleva la obligación de la nación a someterse a aquellos Acuerdos Internacionales a los que el país voluntariamente se ha suscrito. Prueba de esta aseveración es el reconocimiento que estipula el RLOSNCP en su Art. 2 ante los convenios internacionales adquiridos por Ecuador y en su Art. 3 donde norma la legitimidad territorial de su Ley, sometiéndola a la misma validez legal de la Prácticas Comerciales y Modelos de Negocios de Aplicación Internacional en procesos de adquisición de bienes y servicios desde mercados extranjeros. (SERCOP, 2009)

De esta manera, Ecuador, como un agente de comercio y derecho internacional, proporciona legitimidad en sus actos globales en medida que dispone de un marco legal que reconoce la existencia de acuerdos internacionales y que éstos son tomados en cuenta en intercambios de bienes y servicios con sus pares. Esta mencionada legitimidad radica en la convergencia de fallos judiciales internacionales, a favor y en contra, que Ecuador ha obtenido ante litigios entre sus organismos en calidad de entidades contratantes y empresas privadas y públicas domiciliadas en territorios pertenecientes a sus socios Comerciales.

Esta posición de ejercicio de derecho internacional ratifica una legitimidad nacional ante una soberanía local y una originaria del resto de participantes de una comunidad internacional regida por el marco jurídico natural y aceptado por sus

miembros. Para muestra de lo señalado es posible considerar la acción judicial que mantienen el Estado Ecuatoriano con la Empresa Petrolera de Estados Unidos de América, North Occidental (OXY). A partir de una adjudicación de una obra perteneciente sector estratégico según los Art. 9 de la LOSNCP y el Art. 106 del RLOSNC, vigentes para el año 2013, hidrocarburos en este caso, una pugna de nivel internacional se desató, en los que gobiernos cercanos a Ecuador legitiman a través de su autonomía el reconocimiento de acuerdos comerciales aceptados en bloque a la vez de proteger la soberanía doméstica de este país, mientras que OXY exige uno de sus derechos y solicita a su Estado velar por el bienestar del sector privado estadounidense, situaciones que dinamizan el Derecho Internacional y prueban la legitimidad de Estados Socios.

1.1.3. La doctrina de control público y su incidencia en decisiones de Estados Socios

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, ramo administrativo específicamente, el control público se define como aquella función del Estado dirigida a la regulación de los recursos que la sociedad ha puesto en su cargo para la obtención de bienes y servicios que satisfagan necesidades e intereses comunitarios. Pero además, el control público es necesario para los procesos de toma de decisiones. Es requisito en la determinación de las políticas públicas, como el Sistema Nacional de Contratación Pública, pues el responsable de fijarlas debe contar con información precisa para diseñar los objetivos, procedimientos y técnicas al momento de evaluar las necesidades de la sociedad, una sociedad que no se limita a las barreras geográficas, sino también que trasciende a un conjunto global del cual un Estado también depende (IVANEGA, 2011).

En la realidad jurídica ecuatoriana es de la misma manera que se sustenta el control público en el propio Estado de Derecho, contando con un cuerpo normativo que regule la participación, en relación a derechos y obligaciones, de las instituciones estatales pertinentes al Tema. La Constitución Nacional en su artículo 281, De la naturaleza, de la composición y de la duración, cita: *“La Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, en la forma determinada por esta Constitución y por la ley. Gozará de autonomía funcional y*

administrativa.” (SITIO CONTABLE, 2011) Lo que determina que un organismo de regulación estatal se conjugue con el control del poder ejecutivo del Estado para abarcar un panorama de Administración Pública.

En materia de Contratación Pública, se determina las consecuencias de un control público en procesos de contratación, más aun de carácter internacional, en razón de que las partes de estos contratos son empresas de status internacional alto, como las multinacionales. La influencia de estos grupos económicos trasciende sus límites privados en tanto el Estado vele por su bienestar y prosperidad en todos sus componentes, inversores, clientes, trabajadores e inclusive órganos reguladores internos y externos. Lo que determinan límites de mayor o menor relevancia ante procesos de control público a causa de la influencia de las partes que en los contratos públicos internacionales participan. (REINOSO, 2005)

Dentro de este concepto de influencia se tiene al Estado como un factor de toma de decisiones en un sistema global que cede soberanía ante instituciones voluntariamente aceptadas para el control de procesos que respondan a sus intereses propios y que mantengan como carta de presentación cifras que comprueben una efectividad que mantenga a la comunidad internacional satisfecha y con voluntad de ratificar cada vez con mayor notoriedad estos centros de intercesión internacional. Dichas instituciones de control Supra estatal originan su legitimidad en base a convenios internacionales que las mismas naciones han suscrito ante sus pares foráneos de manera que se pueda minimizar una flexibilidad en materia de fallos entre entidades representantes de un Estado y empresas privadas que actúen como capital privado de una Nación. (GONZALO, 2011)

Ecuador al manifestarse como una entidad contratante internacional mantiene procesos de contratación que a la vez de estar normados por un cuerpo legal nacional se somete también a regulaciones de convenios internacionales que el país ha suscrito en aras de garantizar un correcto funcionamiento de estos contratos cuando trasciendan los principios de territorialidad de su propia ley. Organismos de control regional y global como la Organización Mundial de

Comercio, Organización de Naciones Unidas, Mercosur o la CAN determinan una serie de normas que cada uno de los países socios debe cumplir a cabalidad para respetar un comercio internacional óptimo entre Estados y Empresas Privadas. Esto se ha manifestado en base a acuerdos de carácter integral tal como el Tratado de Cartagena, el Tratado de Basilea, el Tratado del Metro, etc., que otorgan derechos tanto a empresas públicas de acción internacional como a representantes privados domiciliados en países miembros de dichos acuerdos; determinando así una influencia pública en casos de procesos y contratos estatales.

1.2 Aceptación de Organismos Internacionales por parte del sector privado Internacional

1.2.1 Trascendencia de Instituciones Internacionales en la integralidad de la empresa privada global

A partir del término de la segunda guerra mundial, se analiza la necesidad de crear un sistema que regule la inestabilidad económica mundial para garantizar una estructura pacífica internacional, desde tres puntos principales: la regularización financiera, una entidad bancaria mundial y un control del comercio mundial. De esta manera se creó el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la Organización Internacional de Comercio (OIC) y el GATT respectivamente. Estos dos últimos creados en 1948 se fusionaron para dar paso a la Organización Mundial de Comercio, la cual se encargaría de normar el intercambio de bienes y servicios entre proveedores de 159 países miembros (Cifra actualizada a marzo de 2013) (NACIONES UNIDAS, 2012).

De acuerdo con los objetivos de estas organizaciones internacionales se explica la expectativa por regular la conducta privada a través de programas regionales o mundiales que tuvieron su inicio en el carácter doméstico. A través del Derecho Internacional se entiende que el Estado y sus órganos se someten a los acuerdos Internacionales a los que el país se suscribe ya que es el mismo Estado quien los ratifica, mas la iniciativa privada se muestra aludida únicamente en la etapa de implementación de las normas de dichos acuerdos a través de cuestiones domésticas. (KINGSBURY, 2010)

De esta manera se inicia un ciclo que convergencia internacional en la que se afronta una necesidad de regular el comercio global, teniendo en cuenta que una forma adecuada de hacerlo es la creación de instituciones supranacionales que establezcan reglas claras de carácter tarifario y procesales en sí con el objetivo que el comercio internacional se dinamice y la economía mundial se sustente en una producción interdependiente entre naciones. Otra característica se originó del hecho de que en el momento que un Estado se suscribe como miembro de uno de estos organismos, otorga beneficios y obligaciones a las empresas privadas que en él se domicilian. Por el contrario, la influencia que empresas de élite mundial pueden ejercer, modula en mayor o menor proporción acuerdos internacionales Estatales sin que la nación niegue su positivismo ante dichos convenios. Un caso de ello es el laudo entre el Estado de Uruguay y Phillip Morris en el que el país latinoamericano se encontraba suscrito a un programa de la Organización Mundial de la Salud, la empresa tabacalera inició una acción legal en su contra ante un sistema de arbitraje internacional, CIADI, por su programa Uruguay Libre de Humo de Tabaco; después de conseguir un fallo a favor de PMI, se analizó la intervención del capital ante la soberanía de un Estado en materia de Comercio Global ya que entra la interrogante de ¿Cuáles acuerdos son más relevantes en el área comercial?. (LA RED, 2013)

En este contexto, se entiende cómo la queja presentada el 27 de mayo del 2002 por parte del sindicato de Trabajadores Agrícolas Ecuatorianos (UITA) llegó a instancias de la Organización Mundial de Trabajo por medio de la representación del Estado Ecuatoriano. Para este año la constitución prohibía el trabajo infantil mas la necesidad de las familias de clase baja obligaba que todos sus miembros, incluidos los menores de 13 años, trabajen. Para lo cual la capacidad coercitiva del Estado lo limitaba a actuar en razón de este incumplimiento legal. Fue entonces que el sindicato de trabajadores llevó ante la OIT, con trámite 2201, el caso del trabajo infantil en el Grupo Bonita, Corporación Noboa. Como resultado se obtuvo, con Informe 329, que Corporación Noboa no solo violó normas suscritas entre Ecuador y la OIT, sino también representaba una ventaja desleal revelada por la OMC. Esta última institución constató que una manera de reducción de costos era la explotación infantil, práctica prohibida según las condiciones de integración del Estado Ecuatoriano a la Organización Internacional. De resultado se obtuvo una

incidencia más notoria por parte de una regulación internacional que del mismo Estado ante una conducta privada. (OIT, 2002)

Como otro ejemplo y para efectos de esta tesis se presenta el Caso de la Compañía China Tiesiju Civil Engineering Group Co Ltd. En el que con proceso de Régimen Especial de CP No. RCD-SENAGUA-03-2010 se estipularon métodos de fiscalización y suspensión ratificados por la OMC, en el artículo 4.5.1 de los pliegos del proceso se faculta a la entidad contratante a suspender los trabajos en razón del incumplimiento de las especificaciones técnicas mencionadas en incisos anteriores. Facultad que fue ejecutoriada al constatar que se la empresa China Tiesiju incumplió en normas de seguridad de sus empleados de obra y no realizó los correctivos necesarios tras los llamados de atención oportunos. De esta otra manera se hace presente una ratificación estatal que condena una conducta privada a través del aval de una organización Internacional reconocida por los Estados de las partes. (VARGAS, 2009)

1.2.2 Incentivo de lucro privado en atención a un sistema diplomático internacional

El sistema diplomático internacional emerge a partir de un conjunto de sujetos de Derecho Internacional Público, unidos por un objetivo común en razón de intereses similares, quienes a más de consolidar una estructura dinámica han establecido, a través del diálogo y del consentimiento, reglas e instituciones comunes para organizar sus relaciones y han reconocido tener intereses compartidos para mantener dichos acuerdos. (DUTTI, 2012) Ahora bien, desde un punto de vista legislativo, la LOSNCP y su reglamento general facultan a los proveedores del estado con capacidades y alcances que los ubican o catalogan como sujetos de Derecho Internacional Público, por el hecho de que son actores capaces de contratar con el Estado al tiempo de someterse a obligaciones y adjudicarse derechos exigibles y garantizados por normas legales foráneas. (ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

En razón de esta procedencia nacional es pertinente analizar el principio fundamental de los acuerdos Internacionales aceptado en la convención de Viena, el Pacta Sunt Servanda, el cual proclama la obligatoriedad de los acuerdos

voluntariamente aceptados y compromete a las partes a obrar de buena fe ante mencionados acuerdos, precepto que se consagra en el preámbulo de la carta de las naciones unidas, y el párrafo 2 del artículo 2 que colige: “*sus miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con dicha carta*”. (GAVIRIA, 1988) Esto implica que al igual que una negociación un acuerdo internacional es factible cuando se presenta ventajas que en relación al resultado de no hacerlo. Por ello es que en el caso de Ecuador y sus Estados socios, son sus actores quienes deben presenciar estos beneficios, y como ya se lo ha analizado, estos actores también son representados por las empresas privadas.

En esta concepción a más de considerar los beneficios que representan los acuerdos comerciales en materia social como la posible generación de empleo; o política como la reducción del riesgo país; también se generan atractivos para la empresa privada tal como la especialización de su producción en razón de sus ventajas comparativas y competitivas internacionales, la reducción de costos ya sea por motivos de eliminación de aranceles en mercados internacionales o por la reducción de costos en la obtención de materias primas o bienes de capital necesarios. Además desde el punto de vista comparativo, implica la ventaja directa ante aquella competencia domiciliada en países que no posean este tipo de acuerdos al tiempo que esclarece, a través de métodos de comercio internacional, los procesos y la normativa legal a seguir ante el desenvolvimiento del negocio. En términos de mediano y largo plazo, los acuerdos internacionales favorecen a la empresa privada en dos significantes aspectos: atrae inversión extranjera hacia aquellas empresas que tuvieron éxito fuera de las fronteras y crea nivelación de la escasez y exceso en relación a la diversificación de mercados que las compañías puedan obtener. (SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE MÉXICO, 2010)

Como cierre de este punto, es apropiado señalar que en el caso ecuatoriano se cuenta con cerca de 45 Acuerdos Comerciales Regionales alrededor del mundo. Lo que se traduce a datos oficiales a un incremento en la relevancia mundial de sus exportaciones de un promedio del 11% en el periodo comprendido entre 2006 y 2011; y según el informe de la misma OMC gran parte de esta incidencia tiene el trabajo en conjunto de las instituciones públicas y sus proveedores privados a través del comercio internacional de la Contratación

Pública ya que ésta tiene directa relación con el desarrollo económico y madurez comercial de los Estados. (OMC, 2013)

1.2.3. Iniciativa privada de CP en complemento a la integración mundial

En toda economía se sienta un precedente común: la existencia de recursos es limitada por lo que depende de un sistema con la capacidad de aprovecharlos al máximo con la finalidad de alcanzar un objetivo determinado, el mismo que cuando se habla de Estados es el desarrollo. Como método adecuado a este proceso se plantea un régimen de contratación abierto, el mismo que no discrimine ni otorgue preferencias a nadie, permitiendo que la libre competencia optimice los recursos con los que se cuenta. En relación a los Estados, muchos de éstos utilizan la CP como medio de impulso político ya sea para el bienestar de una clase económica o el desarrollo de una clase Social. Prueba de ellos es el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la OMC. El mismo que reconoce el alcance de la contratación pública y menciona que este tema abarca el 15% del PIB mundial para el año 2012. (OMC, 1994)

Esta regulación pone en consideración, a través de la única normativa plurilateral aceptada entre los miembros de la OMC, la relevancia de un sistema regulatorio que no discrimine a los proveedores del Estado, en su mayoría entidades privadas. Inclusive ahondan en criterios de preferencia nacional y radican sugerencias basadas en disposiciones que otorgan igualdad de oportunidad entre proveedores nacionales e internacionales en razón de que en opinión de la misma OMC este es el sector más dinámico a nivel doméstico de la economía de una nación. (OMC, 1994)

De manera más específica se evidencia la importancia de la empresa privada dentro de la estructura económica del país. La iniciativa privada se hace presente como un monto de capital que produce mayores ingresos en zonas geográficas determinadas, ya sea esta expansionista, como en el caso de fábricas, o de la banca, como en el caso de una inversión a plazo fijo en una entidad bancaria. El resultado de esta producción son bienes de consumo, los mismos que satisfacen necesidades de la sociedad a cambio de recursos, generando un flujo

económico saludable para una economía. (FEDECAMARAS, 2001) Esta relevancia se acentúa más aún en el caso de la Contratación Pública ya que la empresa privada es el principal proveedor del Estado y su consumo responde a los sectores estratégicos direccionados al Plan de Desarrollo Nacional, Plan Nacional del Buen Vivir en el caso de Ecuador.

En consideración de este bagaje, la Contratación Pública se ha vuelto nicho de mercado en la Comunidad Internacional ya que ésta pretende, según entendidos del tema, *“convertirse en la ciencia que al ser dominada, puede aplicarse en cualquier parte del mundo, tal como la medicina”*(BALDEÓN INÉS MARÍA). Implicaciones como la anterior han llevado a empresas privadas a desarrollarse en esta materia y concebir mecanismos y herramientas que complementan el fondo jurídico de la CP. Ecuador cuenta con su principal asesor Privado en cuestión de capacitación asesoría y consultoría de CP, Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía Ltda. Esta compañía domiciliada en Ecuador ayuda como ejemplo en la convergencia de la iniciativa privada en CP, el cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir y la concordancia de la diplomacia internacional del Estado. En un caso específico, esta empresa trabaja en alianza con la Universidad Castilla de la Mancha, España, para el desarrollo de la Especialización en Derecho de la Contratación Pública, para lo cual cuenta con estudiantes del sector privado pero también una cifra considerable de servidores públicos, cuya capacitación se encuentra cubierta por fondos estatales, respetando el Plan Anual de Contratación PAC de las entidades públicas participantes. En fin, este programa al desarrollarse durante 6 meses en territorio ecuatoriano y culminarse con la graduación en España, representa un oportunidad de mercado en CP aprovechada por una compañía privada nacional, al mismo tiempo que actúa sobre las direcciones estipuladas por el Plan de Desarrollo de Ecuador y ratifica lasos y alianzas bilaterales en razón de una dinamización comercial en el área de Servicios entre Ecuador y España, programa que se ha llevado a cabo con reconocimiento nacional e internacional en sus 5 ediciones hasta mediados del año 2013. (CEAS , 2013)

1.3 Beneficiarios de fondos públicos amparados a acuerdos Internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano

1.3.1 Dogma internacional de la CP y la realidad jurídica de los actores obligados al SNCP

La Contratación Pública puede ser definida como la compra de bienes y servicios y la contratación de obras por parte del Estado o sus delegaciones u organismos públicos, resultado de este proceso emergen los contratos públicos que pretenden dar el carácter legal a dichas adquisiciones. El objetivo primordial de la CP es la satisfacción de las necesidades de las entidades públicas para su correcto funcionamiento y de esta manera servir mejor a las sociedades pertenecientes al Estado contratante. En consideración que dentro del estado pueden participar más de una empresa que produce los mismos bienes o de características similares, la CP pretende obtener beneficios a través de la competencia de sus proveedores en criterios de reducción de costos, mejoría de calidad, mantenimiento, servicio post venta y demás condiciones que permitan optimizar al máximo los recursos públicos. (UNIÓN EUROPEA, 2008)

Previo a los objetivos de desarrollo estipulados en el Plan Nacional del Buen Vivir, regía en el Ecuador un Sistema de Contratación Pública, el mismo que a decir de la coautora de la LOSNCP, la Dra. Inés María Baldeón era considerado caduco (BALDEÓN, 2008). Sin embargo, en el suplemento del Registro Oficial N° 395 de 4 de agosto de 2008 se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (ASAMBLEA NACIONAL, 2008), cuerpo normativo que incorporó cambios referenciales a nivel Regional en Ecuador. Una de las innovadoras herramientas fue el sistema digital incorporado a través de la LOSNCP, el portal www.compraspublicas.gob.ec, herramienta que busca transparentar y facilitar la realización de los diferentes procesos de contratación pública. (BALDEÓN C. , 2013) Tras casi un año, el 12 de mayo de 2009 se publica a través del decreto ejecutivo No. 1700 el Reglamento General de la LOSNCP, con el fin de normalizar los procesos de CP en el Ecuador. (INCOP, 2011)

El conjunto de estos cambios formaron el Sistema Nacional de Contratación Pública, aun vigente para el segundo trimestre del 2013. Sistema público que canaliza toda compra o contratación de obra mediante procesos en los

que se otorgan derechos y obligaciones a los participantes. Desde una parte exige productos con requisitos mínimos a cumplir al nivel resultante de la competencia de los proveedores y por otro obliga a los contratantes a seguir el flujo de desembolsos estructurado según análisis previos. Como resultado se genera la realidad normativa impuesta a través de leyes que certifican la veracidad de los procesos de CP en los cuales cada participante se somete a responsabilidades con el objetivo de sacar un provecho individual.

En este contexto jurídico los participantes, tanto las entidades contratantes como los proveedores se obligan a diferentes responsabilidades según sea el tipo de contratación efectuada. Estas se dividen en:

1. Contratación directa
2. Contratación mediante lista corta
3. Contratación mediante concurso público (ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

Además de estas clasificaciones existe la normativa pertinente al Régimen Especial, el mismo que otorga la discrecionalidad de un proceso único y específico para la entidad contratante por disposición del poder ejecutivo del Estado en casos estipulados por el artículo No. 2 de la LOSNCP *“Régimen especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:...”*. (ASAMBLEA NACIONAL, 2008).

Con el propósito de dinamizar los procesos de contratación pública, el SNCP define participantes aparte de los directos implicados en un contrato, Contratante y Contratista; Estipula requisitos para que un productor pueda constar en las listas de posibles proveedores del Estado, publicadas a través del Registro Único de Proveedores (INCOP, 2011); considera a aseguradoras participantes de los procesos en tanto se emitan garantías ya sean por Buen Uso del Anticipo o por Fiel cumplimiento del contrato, garantía ejecutable en caso de incumplimiento de proveedores; y en materia internacional, el cual interesa por esta investigación, a participantes de Cooperación Internacional como originadores de recursos públicos, Organizaciones Internacionales reguladoras del comercio global en razón

de su intercesión en posibles desacuerdos, Estados socios como edificadores de constituciones soberanas aplicable a procesos locales en los que Ecuador deba participar; entre el resto de instituciones reconocidas por el Estado en capacidad de dictar lineamientos objetivos para que una compra internacional pueda satisfacer mutuos intereses y afianzar relaciones políticas interdependientes.

1.3.2 Justificación de adquisiciones internacionales ante el reconocimiento exterior legítimo

Las compras internacionales han ganado terreno en base a su ascendiente popularidad, y las ventajas que se obtienen cuando se adquieren productos extranjeros directamente en el país de origen han marcado una nueva etapa en el comercio internacional. La conveniencia de obtener bienes originales, mejores precios, disponibilidad en lote o facilidad pago, son ejemplos utilizados por los partidarios de un mercado global abierto en el que la competencia sea la que determina las preferencias del consumidor. (BERR, 2012)

Esta realidad no es ajena a la contratación pública, y menos aun en países cuya matriz productiva se sustenta en la producción de bienes primarios. La necesidad de bienes de capital de fuerte incidencia tecnológica, la búsqueda de una producción local especializada, la protección de una economía en desarrollo o la confianza en un mercado auto regulado por sus actores productivos son solo ejemplos de aquello que motivó a los creadores de la LOSNCP y su reglamento tomar en consideración aquel aspecto internacional mandatorio en una nación perteneciente a un sistema económico globalizado. (RUMAZO, 2013)

La primera noción de extraterritorialidad en contratación pública se encuentra en el artículo 3 de su ley:

“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.” (ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

Esta norma toma en cuenta a Ecuador como participante de convenios de cooperación internacional y como sujeto de crédito de instituciones financieras globales, lo que lo obliga a respetar acuerdos con Estados socios, aun por sobre su ley doméstica, cuando los fondos provenientes de estas alianzas sean los que financien dichas compras, legitimando un proceso no estipulado en la LOSNCP a través de la responsabilidad diplomática internacional de Ecuador.

Otro ejemplo, ahora en el RLOSNCP, es el artículo 3, el mismo que cita lo siguiente:

“Art. 3.- Aplicación territorial.- Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional.

No se registrarán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.”

(SERCOP, 2009)

Este apartado se sujeta a la obligatoriedad del cumplimiento de los acuerdos internacionales a los que Ecuador está sujeto tal como al principio de Pacta Sunt Servanda de este tipo de tratados. El momento en el que este enunciado establece un nivel equitativo de carácter jurídico entre la ley doméstica, la ley vigente del país donde se lleve a cabo la contratación, las prácticas comerciales y los modelos de negociación internacional, se otorga una discrecionalidad a la entidad contratante para decidir si se somete a la legislación local pertinente o si opta por métodos comerciales internacionales suscritos legalmente en instituciones regionales o globales a las cuales Ecuador se encuentra vinculado, siempre y cuando el bien sea adquirido en mercados foráneos. (BALDEÓN C. , 2013)

Así como el art. 3 de la LOSNCP y su Reglamento General, es posible encontrar otros incisos que establecen la posibilidad del Estado en contratar con proveedores internacionales, tal como el art. 24 de la ley, el cual habla de la consultoría externa o el art. 58 que vincula las compras de bienes inmuebles en el

extranjero al proceso dictaminado para esto en el Reglamento General. De esta manera la contratación pública busca la legitimación de sus contratos y adquisiciones ante un panorama internacional que otorga beneficios tanto de carácter político como comercial a cambio del cumplimiento de las normas resultantes de esta interacción de Estados.

1.3.3. Relación de autoridad comercial internacional y la optimización de recursos locales destinados a la CP

En un punto anterior de esta tesis se mencionó uno de los principios de la contratación pública, el cual se enfocaba a la optimización de los recursos públicos, por su característica de limitados, a través de herramientas que garanticen la claridad de los procesos en los que la competencia entre proveedores determinaría el costo más bajo en los contratos. Consecuentemente, en el caso ecuatoriano, este precepto es adoptado por la ley ya que considerando *“Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”* (ASAMBLEA NACIONAL, 2008), entre otras, se creó la LOSNCP. Con esta finalidad entra en discusión la efectividad de esta ley por sobre la normativa recomendada por organizaciones comerciales de nivel mundial.

Asimismo, es posible realizar este análisis comparando la situación ecuatoriana con el sistema internacional a fin de determinar la incidencia de las decisiones globales en contexto local. Un cuerpo normativo oportuno para el caso es el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de la OMC, ya que cuando se trata el tema de Comercio Exterior, el organismo más representativo a nivel mundial es la Organización Mundial de Comercio. (OMC, 2013) El Acuerdo sobre Contratación Pública (OMC, 1994) cuya versión final fue negociada durante la Ronda Uruguay en 1994 y entró en vigor el 1ro de enero de 1996 y es hasta el año 2013, el único acuerdo jurídicamente vinculante de esta organización mundial que trata específicamente el tema de la contratación pública. Se trata de un tratado plurilateral administrado por el Comité de Contratación Pública, que está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, tienen derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo. (OMC, 1994)

Este Tratado sobre Contratación Pública representa un marco convenido de derechos y obligaciones entre sus partes y observadores con respecto a sus correspondientes legislaciones, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de la CP. Uno de los principios fundamentales a este precepto es la no discriminación. Esto representa una obligación por parte de los integrantes del acuerdo a conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el convenio un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales (OMC, 1994). De la misma manera, cada Estado miembro se compromete a garantizar que sus entidades contratantes no otorguen un tratado menos favorable a los productos, servicios u obras de proveedores de su propio territorio, por razones discriminatorias tal como la su el origen de su patrimonio al tratarse de una filial de una multinacional o la procedencia de sus accionistas. (OMC, 1994)

En definitiva, el ACP vela por la participación abierta en contratos públicos y prohíbe a su vez métodos de preferencia tal como compensaciones, incentivos o aranceles preferentes, a ciertos proveedores. Además este convenio no solo resalta sus propuestas de métodos de procedimientos y prácticas destinados a garantizar la transparencia de las contrataciones, sino también exige a sus Estados Miembros generar y publicar las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general y los procedimientos relativos a los contratos públicos comprendidos en el Acuerdo de manera que se preserve el espíritu de nula preferencia de este marco legal. (OMC, 1994)

En comparación con la ley ecuatoriana, se aprecia que la contratación pública nacional otorga preferencias de producción local tal como se expresa en el artículo 25 de la LOSNCP.

“Art. 25.- Participación nacional.- Los Pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad.”
(ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

Este inciso afirma el modelo proteccionista ecuatoriano que sostiene que Ecuador como país en desarrollo es imperativo cautelar un nivel de producción nacional que permita sostener una economía dependiente de una moneda circulante extranjera. (CORREA, 2012)

Tras estas consideraciones es evidente la razón del porqué Ecuador no consta en la lista de los 42 países que suscriben el ACP, ni tampoco se encuentra dentro de los 27 países observadores del acuerdo (OMC, 2012). Esta situación conlleva un desinterés político y comercial por parte del Estado ecuatoriano a iniciar alianzas globales que permitan una regularización internacional a los procesos de CP locales, lo que significa un nivel comparativamente bajo de control internacional en materia de contratación pública.

CAPITULO II

MARCO JURÍDICO COMERCIAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. El departamento de contratación pública de los organismos estatales como filtro de control de compras públicas sujetas a regulación de la Contraloría General del Estado

2.1.1. La capacidad de la entidad contratante ante una auditoría de la CGE

Cuando se analiza el tema de disposición de recursos públicos, existen órganos de regulación contractual y post contractual, éstos determinan el cumplimiento de los procesos que deben ser llevados a cabo con el propósito de que no se incurra en disposición fondos innecesarios o el desperdicio de los mismo, y en el caso de que estos errores hayan sido cometidos, tomar los correctivos necesarios para evitar que suceda de nuevo. En este control, es posible nombrar a la Contraloría General del Estado como el organismo más representativo. Según la Constitución de la República vigente del Ecuador en sus artículos 204, 205 y 211, este departamento estatal es un organismo técnico que consta de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. Entre sus atribuciones conferidas por la ley se encuentra la facultad de control de la utilización de los recursos estatales, además dirige el sistema de control administrativo que se forma a través de auditorías a

nivel interno de todos los organismos que dispongan de fondos públicos. También cuenta con la competencia de determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013)

En razón de este alcance de control por parte de CGE, es evidente que en el SNCP debía estar presente una disposición que vincule esta regularización, y lo hace a través del artículo 15 de la LOSNCP, el cual colige:

“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.

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.” (ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

Este enunciado pretende, a través del espíritu de la ley, precautelar que todo proceso de CP haya sido llevado a cabo según la ley y el reglamento lo disponen, y en el caso de que no sea así, el marco jurídico de CP obliga a toda entidad contratante beneficiaria de recursos públicos a someterse a los mecanismos de control impulsados por las instituciones pertinentes del Estado, en este caso Contraloría, la misma que debe seguir el plan determinado de inspecciones periódicas, a las cuales toda entidad pública está en la obligación de someterse al igual que sus funcionarios si así lo exigiera la situación, a fin de cumplir con su trabajo a cabalidad. Con este objetivo la CGE puede hacerse presente en procesos de control bajo las siguientes figuras oficiales:

- Examen Especial: el cual se encuentra descrito en el art. 19 de la Ley Orgánica de Contraloría y conlleva un proceso de auditoría que culmina con un informe que conste de comentarios, conclusiones y observaciones.
- Auditoría Financiera: se encuentra en el Art. 20 de la LOC y examina las cifras financieras de un proceso.
- Auditoría de Gestión: Conlleva el proceso de fiscalización en el que estudian los resultados de procesos en base a criterios de eficacia y efectividad.

- Auditoría de aspectos Ambientales: Consiste en un examen que determina la realización y aprobación de evaluaciones de impacto ambiental según la Ley de Gestión Ambiental.
- Auditoría de Obras Públicas o de Ingeniería: Se trata de una evaluación de la contratación pública de obras y mantenimiento según sus cláusulas contractuales.
- Declaraciones Patrimoniales Juramentadas: Se ampara en el artículo 231 de la Constitución de la República y consiste en investigaciones de enriquecimiento ilícito a través de fondos estatales. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013)

De esta manera la Contraloría General del Estado busca, mediante los mecanismos previamente citados, llevar a cabo sus objetivos de control y así sustentar su existencia institucional como entidad de regulación Estatal y por ende velar por la disposición de fondos apegada a la Ley y los procesos que en éstos se determinan.

2.1.2. El control normativo de Contraloría sobre la determinación del departamento de contratación pública de las entidades contratantes

La normativa que aplica la CGE responde a los principios que bajo su constitución se estipularon, la necesidad de un Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría que se conjugue con valores tales como la legalidad, responsabilidad financiera, transparencia, economía y eficacia; fundamentaron la creación de una institución reguladora de aquellos bienes y fondos públicos destinados al desarrollo de las funciones del Estado a través de sus instituciones. En materia de Contratación Pública estos principios buscan responsabilizar a dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos sobre el ejercicio de atribuciones en razón de la utilización de fondos públicos limitados, resultados de procesos de CP, seguimiento de la normativa vigente para el periodo de contrato, en este caso la LOSNCP además del cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir y de la entidad pública que funge como contratante en los procesos. (SALVADOR, 2005)

La contraloría General del Estado, como órgano de regulación estatal define su cronograma de inspecciones y auditorías a través del Plan Anual de Control, el mismo que en el año 2012 arrojó un total 427 exámenes programados y 127 auditorías inadvertidas. Esto en razón de una entidad fiscalizadora, ha determinado los errores de gestión y administración de fondos públicos, los mismo que al no sujetarse a la normativa legal establecida, la LOSNCP y su reglamento general en el caso de Contratación Pública, incurren en obstáculos para alcanzar el objetivo de optimizar los fondos estatales en razón del desarrollo nacional. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2012)

Estos procesos se realizaron en consideración de los componentes del Sistema de Control estipulado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE, los cuales son el control interno de cada uno de los organismos del Estado, o departamento de compras públicas; y el control externo de las entidades competente a la CGE. Esta coyuntura de responsabilidad jurídica colige en el artículo 8 de la LOCGE, la misma que identifica el objeto del Sistema de Control mediante auditorías y fiscalizaciones tanto internas como externas para examinar, verificar y evaluar la gestión administrativa, financiera y operativa de las instituciones del Estado y sus servidores. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013)

En relación al objetivo de esta investigación, la incidencia de la Contraloría General del Estado en los procesos de CP, al ser una entidad de control, norma el comportamiento del departamento de compras públicas de cada identidad; y desde un punto de vista global la CGE está en la obligación de considerar aquellos cuerpos jurídicos a los que Ecuador se encuentra suscrito, tales como normas de control y fiscalización sobre el sector público adaptadas a reglas internacionales estipuladas en acuerdos ratificados por el Estado cuya pertinencia sea ratificada por la CGE en aras de cautelar los intereses nacionales tanto en una optimización de fondos como en la preservación de las Relaciones Internacionales. (SALVADOR, 2005)

De la misma manera, para efectos de la presente investigación, es necesario tomar en cuenta las formas de control externa, la misma que se aplica

exclusivamente a las competencias de la CGE, ya que el análisis interno conlleva el estudio personificado de cada dirección pública encargada de contratar mediante fondos estatales. Con esta consideración es posible determinar el alcance de la Contraloría a través de los artículos 11 y 31 de su ley pertinente, la cual le otorga las siguientes atribuciones en regulación de procesos de contratación pública:

- Controlar la disposición, administración y custodia de recursos y bienes públicos.
- Auditar la gestión de instituciones públicas y sus funcionarios y pronunciarse en razón de resultados obtenidos.
- Dar asesoría obligatoria en temas de su competencia cuando se lo solicite.
- Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.
- Examinar ingresos públicos, provenientes de distintas fuentes de financiamiento, local e internacional.
- Ejercer la función fiscalizadora del Estado a fin de contar con una oportuna protección de los recursos públicos.
- Exigir el cabal cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría.
- Llevar un registro, junto al Servicio Nacional de Contratación Pública, de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.
- Controlar la legalidad de los procesos públicos en los que el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado.
- Remitir una rendición de cuentas al legislativo y al ejecutivo con los resultados del periodo fiscal correspondiente. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013)

Una vez determinada la normatividad de la CGE sobre las entidades contratantes, cabe identificar su eficacia y autorregulación en razón de determinar un control para el propio Sistema de Control.

2.1.3. La integralidad de un proceso de CP internacional como previsión de una auditoría estatal

Tal como lo señala la LOSNCP, toda entidad que adquiera bienes, servicios o contrate obras, con fondos públicos o mixtos, debe someterse a los procesos de selección de proveedores, precontractuales y contractuales que establece la legislación pertinente y su reglamento general, así como también deben estar a disposición de la Contraloría General del Estado en el caso que hubiese lugar a una auditoría u otra herramienta de regulación de dicho proceso. Según esta consideración, un proceso de contratación pública exige procesos amparados por la ley con el fin de evitar posibles consecuencias provenientes de los exámenes de Contraloría y peor aún, la desestimación de estas adquisiciones que pueden llevar a responsabilidades de las mismas entidades y sus funcionarios. (RUMAZO, 2013)

De esta manera, es necesario para analizar la legalidad de una acción presentada por la CGE, la verificación de las acciones administrativo financieras desarrollada por los entes públicos y sus servidores mediante la voluntad técnicamente orgánica que se direcciona hacia la satisfacción de un requerimiento de la entidad que genera la disponibilidad económica. Así es cómo se demuestra que se haya observado el principio de legalidad de la actividad estatal establecido en la Constitución de la República que define que las acciones del aparato estatal sean regladas ya que se constituyen mediante el cúmulo de atribuciones que configuran la competencia particular y el esquema de legitimidad operacional de cada institución pública y sus funcionarios encargados de las afectaciones económicas de fondos públicos. (PAREDES, 2000)

En cuestión de Contratación Pública, la adquisición de bienes o servicios en mercados internacionales está normada por la LOSNCP y su Reglamento General, tal como se lo citó anteriormente, y es el incumplimiento a los procesos que estos marcos jurídicos se encuentran normados, los motivos por los que un examen de auditoría toma lugar en una institución pública y sus funcionarios responsables. Esto debido a que en el caso que se realice una importación por parte de una entidad estatal sin presentar la debida justificación, como la aprobación del SERCOP de la nula producción local, o la partida de proveedor

único, u otro mecanismo amparado legalmente que sustente la falta de aplicación del principio de preferencia nacional de la LOSNCP, es obligación de Contraloría, como organismo fiscalizador de recursos públicos, realizar una auditoría o examen que determine la responsabilidad del o los funcionarios cuya incompetencia o dolo conllevó a una acción u omisión que ocasionó un detrimento a la institución pública a la cual se obligó a las responsabilidades de su cargo y a los preceptos legales que sancionan este tipo de circunstancias como faltas personales imputables. (PAREDES, 2000)

En un caso determinado a la competencia de la CGE se encuentra el dispuesto en el informe No. DA3-0039-2010 sobre el proceso de importación, recepción y utilización de tubería adquirida de las empresas Daewoo International Corporation, Tenaris Global Services SA y Akira International SA por parte de la filial PETROPRODUCCIÓN en el año 2009. En este caso, la compañía Daewoo International Corporation remitió el oficio No. DEW-069 en 2008 solicitando al Secretario Nacional Anticorrupción y al Contralor General del Estado fiscalice el proceso de adquisición de tubería mediante órdenes de compra PPR 210392 por un monto por encima de los USD 297 millones. Consecuentemente intervino la CGE y a través de un examen especial emitió el informe No. DA3-0009-2008, en el que se encontraron anormalidades en el proceso tal como que después de tener la certificación de que el bien pretendido no podía ser encontrado en producción o distribución local, se habilitaron 17 proveedores internacionales, de los cuales tan solo 12 fueron convocados sin justificación aparente; Además tras el último informe se delegaron 14 recomendaciones obligatorias de las cuales 11 se cumplieron a cabalidad y 3 de ellas fueron consideradas como incumplidas. Razón por la cual la CGE determinó en su último informe la exigibilidad y obligación de las autoridades competentes de PETROPRODUCCIÓN el mandatorio cumplimiento de las recomendaciones imputadas al equipo administrativo y técnico en medida de que una adquisición internacional debe sujetarse a la normativa pertinente con el objetivo de salvaguardar los intereses de la institución por encima de aquellos individuales. (CGE, 2010)

2.2 La incidencia de las contrataciones pública internacionales en la gestión de la Secretaría Nacional de Transparencia y Control Social y la Procuraduría General del Estado

2.2.1 La experiencia internacional privada frente a la imparcialidad de la SNTCS

En el subcapítulo anterior se analizó el rol de la CGE como entidad fiscalizadora de los procesos de contratación pública. Por lo tanto, es pertinente tomar en consideración que un efectivo Sistema de control no solo depende de un organismo fiscalizador técnico-normativo, también precisa de instituciones y herramientas que garanticen la aplicación de políticas de Transparencia de Gestión para el combate a la corrupción en la Administración Pública (SNTCS, 2013) y que actúen como defensa del Estado en casos judiciales y extrajudiciales en beneficio de los objetivos de Desarrollo Nacional. (PGE, 2013) Para estas necesidades se encuentra la Secretaría Nacional de Transparencia y Control Social y la Procuraduría General del Estado respectivamente.

La SNTCS toma en cuenta la Constitución de la República del Ecuador y el Plan Nacional para el Buen Vivir en el contexto de desarrollar una cultura de transparencia y recuperación de principios y valores como parte de la Revolución Ética, que implica eliminar hábitos de corrupción a través de sistemas de prevención de la misma e incorpora la participación ciudadana en procesos de contraloría social. (SNTCS, 2013) Mientras que la PGE es el organismo patrocinador del Estado, que busca precautelar la óptima marcha y desenvolvimiento jurídico del mismo, así como la defensa de su patrimonio y de sus intereses. (PGE, 2013)

En el contexto de la participación privada Internacional, se determina que estos organismos de control tienen la potestad de actuar en representación del Estado ecuatoriano cuando ocurran circunstancias en los que su competencia se encuentre vinculada y es cuando existen acciones judiciales entre el Estado y multinacionales en los que esta responsabilidad debe ser afrontada. Las empresas internacionales han sido definidas como las responsables del capitalismo global en medida de que una multinacional puede encontrar barreras de mercado a nivel de preferencia social, incongruencia cultural o impedimentos legislativos, pero el punto que mantiene unida a una empresa de este nivel es el capital, por ello

realizan estatutos que trascienden las fronteras y ratifican al su patrimonio por encima de cualquier otro elemento; y este puede ser, según el Eco. Chul-Hee Choi, el motivo por el que los Estados quienes buscan el beneficio social discrepan del sistema de preferencia de capital de las multinacionales. (CHOI, 2013)

En estos casos de relevancia internacional, el control que ejerce la Procuraduría General del Estado se encuentra normado por la Ley Orgánica de la PGE, la cual determina la conducta del órgano administrativo, el cual debe observar, tanto atribuible a entidades públicas como privadas, ya que el enfoque se direcciona a los procesos pre contractual y post contractual sin discriminación de las partes involucradas. De esta manera se enfoca un recurso administrativo con concordancia jurídica local e internacional, ya que al momento en el que el patrocinador legal del Estado presenta una acción de características regionales o globales debe tener presente la normativa de aquellos tratados comerciales internacionales que ha suscrito Ecuador con la finalidad que estas normativas amparen la legalidad del accionar público y la responsabilidad que de ello deriva. (KINGSBURY, 2010)

Pertinente para continuar se analiza que la PGE y la SNTCS complementan un Sistema de Control en el que el Estado ecuatoriano delega sus funciones de representatividad y regulación ante los temas que se desliguen de la necesidad de fiscalización y trasciendan en conceptos de corrupción y responsabilidades vinculantes en las que es necesaria la representatividad del Estado ante cortes y jueces pertinentes a fin de que el interés social, representado dogmáticamente por los organismos estatales, encuentre su defensa y patrocinio. Tal como ha sucedido en litigios internacionales, como en el caso de Ecuador contra la empresa petrolera North Occidental en el que una delegación de la PGE mantiene un proceso ante el CIADI a fin de defender la soberanía y los recursos del Estado, o como en el momento que fue atribución irrenunciable de la procuraduría controlar la normativa legal precontractual a fin de lograr efectivizar las garantías de la compra de radares satelitales con objeto de seguridad nacional entre el Ministerio de Defensa, como entidad contratante, y la empresa china CETC, como proveedor, proceso que culminó con bienes disfuncionales, por lo tanto, imputables de rechazo. (EL UNIVERSO, 2013)

2.2.2 Contraste entre el utilitarismo de acuerdos comerciales y la iniciativa pública local

En lo que va de la investigación se ha analizado como el conjunto de normas y actores proponen una estructura en la que los representantes involucrados en un proceso de contratación pública se comportan hasta formar instituciones, instituciones entendidas como el resultado de la interacción de participantes normados por reglas determinadas. En el caso de la comunidad internacional la estructura se asemeja notablemente; existen entidades contratantes, en este caso los Estados; contratistas, los cuales pueden ser públicos o privados, legislaciones domésticas de cada nación involucrada y legislaciones de carácter internacional a las que sus miembros se han adherido voluntariamente en aplicación de su soberanía política, además de instituciones de control que desde un punto de vista local comparecen, en el caso de ser necesario, ante organismos internacionales cuya competencia es la solución de conflictos que pueden comprometer el orden mundial y su armonía diplomática.

Este esquema es aceptado por la comunidad internacional, mas al momento de analizar la funcionalidad de esta estructura como el medio que la comunidad internacional, o la OMC específicamente, propone para un Sistema de contratación pública es posible plantear interrogantes que se centran en los objetivos de los mismos Estados, de esta manera se hace presente la eficacia real de este orden mundial para optimizar los fondos públicos con los que se pretende gestionar el desenvolvimiento de las instituciones estatales que disponen de los mismos, lo que se evidencia en la forma en la que este sistema internacional de CP aporta al beneficio final de un desarrollo de la sociedades cuyos representantes, o en este caso Estados, determinan un monto de recursos en efecto de inversión para este fin. Además, el Derecho Internacional ofrece una perspectiva oportuna para este estudio mediante una concepción del Utilitarismo en medidas comerciales. (SALVADOR, 2005)

Por utilitarismo se entiende una concepción de la moral según la cual lo bueno no es sino lo útil, convirtiéndose, en consecuencia, el principio de utilidad en el principio fundamental, según el cual juzgar la moralidad de los actos. En cuanto

al utilitarismo comercial es posible encontrar estudios por parte de economistas representativos como Adam Smith, R. Malthus y Ricardo, quienes aun cuando se mantienen en el dogma moral que promueve una ciencia positiva en la que existe una transformación de satisfacción individual a aquel bienestar que surge, mediante modelos matemáticos y teóricos, del nivel de desarrollo social y colectivo. (SÁNCHEZ, 1989)

El bienestar a los que los Estados propenden se constata en sus niveles de desarrollo y se plasma en el Plan Anual de Desarrollo o Plan Nacional del Buen Vivir en el caso de Ecuador. Pero el Derecho Internacional, mediante su extensión en Derechos Humanos, cuestiona la incapacidad del utilitarismo para proteger a las personas. Desde este punto de vista, se afirma que el utilitarismo no puede dar cabida a los derechos humanos en la medida en que aquel tiene como objetivo el mayor bien para el mayor número de personas, mientras que éstos suponen, la frustración de esa meta en consideración de circunstancias en las que el bienestar de la sociedad depende de la negativa de un grupo a determinado derecho. (ÁLVAREZ, 2010)

A partir de esta concepción se entiende cómo países, como Ecuador, no suscriben aquellos tratados que sustentan su bienestar en un modelo global que propone el bienestar de aquellos socios que se vinculen, mas no toma en cuenta que aquellos socios son estructuras sociales en formas de Estado y sus componentes principales son individuos con necesidades y autonomía. Es de esta manera como se plantea un régimen internacional en el cual los mecanismos de control se amparan en sus principios normativos como el de precautelar los recursos del Estado, pero el modelo del Derecho Internacional les exige no obviar el objetivo final de este medio, el cual es satisfacer los requerimiento de los grupos sociales a los cuales representan. (PURROY, 2012)

Un caso que ejemplifica esta situación es el Proceso de Licitación de Obras con Cod. LICO-EPMMOP-010-2012, el mismo que presentaba el objeto de Ampliación y Mejoramiento de la Vía Interoceánica. En el mes de agosto del año 2010 la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas decidió abrir la licitación para la obra anteriormente mencionada, amparada en los

artículos 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP- , y 25 y 26 de su Reglamento General (EPMMOP, 2012). El fin de esta obra pretendía mejorar la circulación vehicular de la ciudad de Quito pero al costo de la expropiación de tierras en las que se encontraban viviendas que debieron ser reubicadas obligatoriamente. De esta manera se presencia el bienestar colectivo por sobre la satisfacción individual, tal como lo plantea la doctrina Utilitarista.

2.2.3. Reconocimiento internacional de contratistas ante una institución pública de control participativo

Dentro de las Organizaciones Internacionales, existen programas en los que se invita a las empresas privadas a participar como socios o promotores de campañas o proyectos que generan beneficios tripartitos entre aquellos beneficiarios directos de los proyectos, el organismo como promotor y la empresa privada que mejora su imagen y aceptación internacional. (CHRASSUS, 2009) En el contexto ecuatoriano existen empresas multinacionales que se han domiciliado localmente o han direccionado una filial en el país, y serán aquellas relevantes al Sistema de Contratación Pública nacional las que dirigirán el análisis de esta parte de la investigación.

Según la LOSNCP y su Reglamento General todo proveedor del Estado, ya sea nacional o extranjero, debe estar registrado el RUP, de manera que se pueda cumplir la competencia de regulación de proveedores del SERCOP y su respectivo control por parte de la CGE (ASAMBLEA NACIONAL, 2008). Empresas internacionales que ya han contratado con el Estado ecuatoriano no solo asientan su firma a través de la calidad de sus productos y servicio post venta, también influyen a través de su status internacional y pueden inclusive ejercer presión relativa a través de las organizaciones internacionales con las que han financiado o patrocinado proyectos sociales o ambientales, organizaciones a las que Ecuador también se encuentra suscrito y por lo tanto debe mantener su relación diplomática en términos de armonía y cooperación. (ELMIR, 2009)

Un caso puntual es el de la Compañía Ericson International Corp., la cual cuenta con una filial domiciliada en Ecuador, está registrada en el Registro Único de Contribuyentes y ha contratado con el Estado como proveedor de software y

hardware especializado en comunicación interinstitucional. Esta empresa a más de cumplir con los requisitos, como obtener al menos la tercera parte de sus ganancias desde afuera de su país de origen o ser reconocida entre su base de consumidores y tener información de marketing y financiera disponible públicamente (CHRASSUS, 2009), mantiene lasos de cooperación con Organismos Internacionales de los que Ecuador funge como miembro, como Naciones Unidas. Según sus registros, tras el terremoto de 7,2 grados de magnitud que asoló Haití el 12 de enero de 2010, la infraestructura de comunicaciones del país quedó destruida. En consecuencia a la importancia que la comunicación representa en las operaciones de rescate, la ONU activó su asociación con Ericsson Response y solicitó a la compañía que prestara servicios de telecomunicación y asistencia en tecnología de información. La ayuda fue inmediata y comenzó con un equipo compuesto por seis empleados de Ericson Response Volunteers, quienes llegaron desde Suecia, Brasil, Costa Rica y Canadá con los equipos necesarios (NACIONES UNIDAS, 2012).

De la misma manera, se encuentra el ejemplo de la multinacional Hewlett-Packard (HP), la misma que también tiene una sucursal domiciliada en Ecuador y también se encuentra registrada como proveedor del Estado, contando con contratos de provisión de equipos tecnológicos para áreas operacionales administrativas y técnicas. Además en el contexto de cooperación Internacional se encuentra en los registros de la ONU por su programa para ilustrar la ubicación de los lugares Patrimonio de la Humanidad en el mundo. Este proyecto lo realiza junto a la mundialmente reconocida National Geographic y su función recae en la tecnología de impresión, campo representativo de HP. El mapa del Patrimonio de la Humanidad es una herramienta educativa visual, que permite a la UNESCO compartir a gran escala su labor en este campo. (NACIONES UNIDAS, 2013)

Estos antecedentes determinan un comportamiento por parte de las entidades públicas que se vean envueltas en relaciones comerciales con este tipo de empresas a causa de la influencia que pueden ejercer mediante su aceptación en los Organismos regionales o Mundiales con los que Ecuador mantiene acuerdos. Esto se explica, desde el punto de vista jurídico, como el resultado de un debate entre las facultades del mismo Estado, las cuales ostentan la legitimidad

soberana en razón de que son tratados aprobados por la comunidad política vigente en el país, por lo tanto influyen en el accionar legislativo del mismo de manera que suman elementos a la responsabilidad de los organismos de control que deban determinar fallos a favor o en contra de estas empresas (ELMIR, 2009).

2.3. El control del Ejecutivo en procesos de CP analizado a través de los especialistas

2.3.1. Teorías Internacionales de comercio y negociación aplicables a una regulación transparente

Para continuar con el análisis es pertinente establecer los fundamentos clásicos del comercio internacional y su evolución a través de la historia de manera que se aclare la necesidad de un Estado por contratar con proveedores extranjeros. Desde las primeras concepciones del comercio internacional es posible encontrarse con autores como Adam Smith y David Ricardo quienes surgieron con una teoría que respondía a dos preguntas primordiales: ¿Cuáles son las causas del comercio? Y ¿cuáles son los efectos del comercio internacional sobre la producción y el consumo nacional? Esta doctrina planteaba una racionalidad por parte de los Estados de manera que si un país es más eficiente en la producción del bien A pero a la vez menos eficiente que otro país en la producción del bien B, es beneficioso exportar A e importar B. Este modelo básico de comercio encontró complementos tales como los factores de producción, el costo de oportunidad y la demanda local con el objetivo de vincular aquellos factores determinantes para llegar a una explicación del porqué las naciones comercian entre ellas. De esta manera se dio paso a la teoría que concibe al comercio internacional como un beneficio en cadena que parte de la especialización de los productores y una diversidad de productos para el consumidor (que puede ser el mismo Estado) hasta la concepción de una secuencia de compañías encargadas de proveer productos y servicios para crear otra gama de bienes en consideración de las ventajas comparativas de un Estado. (GONZÁLEZ, 2011)

En el ámbito de contratación pública la visión de las potencias productoras establece un mecanismo de libre competencia y sin discriminación de productores tal como se plantea en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC,

anteriormente analizado. La discordancia entre este Acuerdo y la realidad Ecuatoriana es que los factores de producción, tales como la economía, la demanda o la tecnología exigen un modelo de protección de una matriz productiva en desarrollo dependiente de una moneda extranjera, sin embargo existen herramientas que pueden ser utilizadas para evitar una discrecionalidad sin normativa en procesos de CP internacional tal como lo pretende el Sistema Nacional de Contratación Pública (ASAMBLEA NACIONAL, 2008)

Una de estas opciones es la adhesión como observador del comité del ACP de la OMC, el cual se caracteriza por presentar una lista menor de requisitos para el reconocimiento y además propone un proceso de negociación de condiciones para aquellas economías en desarrollo que presenten la voluntad de adherirse, mas sus circunstancias no lo permitan íntegramente.

Otra oportunidad normativa es el seguimiento de los mayores representantes internacionales en sus procesos de adquisiciones, como por ejemplo la Organización de Naciones Unidas o el Banco Mundial. Es oportuno recordar que si bien se tratan de Organizaciones supra estatales también se financian a través de fondos públicos y su objetivo final no difiere del de los Estados, satisfacer necesidades sociales. Además entre estas dos entidades forman un mercado anual que oscila los USD 60,000 millones, razón por la que cuentan con normativas y procedimientos pertinentes a la adquisición de bienes, obras y servicios. En perspectiva, se puede proponer un sistema de Documentos de Solicitud los cuales poseen la legitimidad normativa internacional abalada por Naciones Unidas y un sistema de Competencia Internacional Limitado, pertinente a proveedores seleccionados por su satisfactorio cumplimiento, sistema pertinente a las economías emergentes. (PROCORDOVA, 2009)

Con esta base es posible identificar aquellos mecanismos que satisfagan las necesidades del Estado mediante bienes producidos en el extranjero, con proveedores con reconocimiento internacional y sistemas normativos que vigilan el proceso a través de derechos y obligaciones aceptados por esta Comunidad. En relación al local Sistema de Contratación Pública estas herramientas pueden ser consideradas como posibles soluciones en el momento que la normativa

doméstica, la LOSNCP y su reglamento General encuentren impases en procesos que se entorpecen debido a la naturaleza de la Contratación, hecho que se considera ante casos de desacuerdo entre mecanismos que deban trascender el principio de territorialidad de una legislación y así evitar discrecionalidades innecesarias que pueden derivar en la violación de uno de los principios fundamentales del SNCP vigente desde 2008, el principio de optimización de los recursos estatales.

2.3.2. Decretos del ejecutivo frente a necesidades objetivas

La función ejecutiva representada por el Presidente de la República mantiene la facultad de emitir Decretos con incidencia legislativa en consideración de las necesidades correspondientes. Esta atribución se realiza a partir de dos consideraciones principales:

En primer lugar el Estado se encuentra organizado en la forma determinada en la Constitución de la República y, a efectos de que cumpla con los cometidos, se ha asignado, entre otras facultades y atribuciones, al Presidente Constitucional de la República, las previstas en el artículo 147, numerales 3, 5, 6 y 13, de la Constitución de la República, que establecen, respecto al objeto de esta investigación, que corresponde a aquel de definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva; dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control; y expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, así como los que convengan a la óptima marcha de la administración. (RSA, 2013)

En segundo lugar, el ordenamiento constitucional ha otorgado al Presidente de la República dichas prerrogativas, facultades y atribuciones a fin de atender adecuadamente las demandas de la ciudadanía y alcanzar el *sumak kawsay* o buen vivir, dado que deben establecerse y brindarse servicios y ejecutar actividades de distinta magnitud, los cuales, por su naturaleza, no pueden encontrarse determinados en su totalidad en el ordenamiento jurídico, por lo cual, ante la eventualidad de la inacción por parte del Estado, se ha considerado procedente en su constitución dotar de la facultad Constitucional al Presidente de

la República para que pueda, mediante Decreto, modificar las leyes que fueren pertinentes con el objeto de que la administración pública cumpla adecuadamente sus objetivos, dentro del ámbito de competencia de la Función Ejecutiva o la Administración Central e Institucional. (RSA, 2013)

Por lo tanto, la presidencia de la república, con el objeto de preservar los principios del SNCP, los cuales buscan reducir la discrecionalidad de funcionarios individuales y optimizar recursos públicos, y en ejercicio de sus facultades, resolvió emitir un total de 21 decretos ejecutivos correspondientes a la materia de Contratación pública en el periodo 2008 – 2013 en el sistema jurídico ecuatoriano. Los cuales se han clasificado en las siguientes áreas:

- Normas sobre el Servicio Nacional de Contratación Pública;
- Disposiciones de contratación de arrendamiento de bienes y vigencia tecnológica;
- Reformas al reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- Reformas al reglamento de Contratación del Consejo Nacional de Archivos;
- Reformas para crear el Instituto de Contratación de Obras ICO; Reformas en materia de ejecución vial;
- Creación del Comité Ejecutivo de la Norma Ecuatoriana de la Construcción NEC;
- Reformas al Reglamento de adquisición de Vehículos para instituciones del Estado Reformas a la LOSNCP;
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Reformas en la Calificación como Proveedores y Cesión de Acciones;
- Creación del Portal de Información de Contratación Pública y Consultoría (LEXIS, 2013)

De esta forma, Ecuador mantiene su participación ejecutiva en el SNCP direccionada en sus ejes de revolución Institucional, ejes que en temas de contratación pública ejercen un carácter administrativo direccionado a velar por la operatividad normativa que coordine estructuras jurídicas que permitan satisfacer

en forma oportuna fines determinados en un plan de Desarrollo Nacional, tomando decisiones ante situaciones que no están reguladas por la ley. La importancia de ello recae en la representatividad del ejecutivo ante la comunidad Internacional, ya que, según lo analizado, el SNCP plantea como sus actores representativos a las entidades contratantes, contratistas y órganos de control. La Presidencia de la República es la imagen Nacional ante discordias comerciales regionales o mundiales, por lo tanto esta dentro de sus obligaciones desarrollar herramientas, en este caso jurídicas, que velen por la armonía diplomática de las Relaciones Comerciales que se originen a partir de la CP entre Ecuador y sus Socios Comerciales. (RUMAZO, 2013)

2.3.3. Relevancia política de factores externos en el sistema presidencial

En consideración del precedente es relevante la posición que Ecuador colige con respecto a su poder ejecutivo: se trata del Estado con sistema presidencial que dirige su función ejecutiva mediante el Presidente de la República, quien ejerce las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno. El particular alcance de esta función concibe y ejecuta políticas generales de acuerdo con las cuales las leyes tienen que ser aplicadas; además representa a la nación en sus relaciones diplomáticas, sostiene y en Estados democráticos otorga consejos en la tramitación de proyectos de leyes impulsadas por el legislativo, tal como sucede en el caso ecuatoriano donde el poder ejecutivo posee ciertas atribuciones de ley tal como el poder de veto legislativo o la suscripción de decretos que reformen la ley según la competencia oficial de su función. (RSA, 2013)

De este hecho es posible colegir la necesidad de entender la participación del Poder Ejecutivo Ecuatoriano en cuanto a su alcance en materia de relaciones internacionales y además cómo ésta determina un comportamiento diplomático contrastado por acuerdos comerciales referentes a CP según lo previsto en el ordenamiento jurídico de este país. El primer punto, en palabras de Darío Villarroel *“es conducida por agentes o representantes del Estado, que actúan bajo la dirección política del Poder Ejecutivo”* (VILLAROEL, 2011). El segundo aspecto, referente a la ratificación, se torna confuso en la participación del ejecutivo y la aprobación del legislativo, como requisito previo de la manifestación del consentimiento en lo que se refiere a

cuerpos jurídicos internacionales que pueden integrar parte del reconocimiento nacional en su validez jurídica por iniciativa del ejecutivo. (ELMIR, 2009)

Asimismo, es concurrente determinar aquellos factores externos, ya que son los elementos estructurales básicos sobre los que se asienta la vida internacional que han determinado la actitud política de Ecuador en campos estratégicos para el Desarrollo, entre ellos la Contratación Pública. En primer lugar es posible situar a las Organizaciones Internacionales ya que entidades como la OMC, la ONU, el FMI el Banco Mundial generan estadísticas y poseen un sistema de información cruzado, lo que implica que cuando la nación toma su decisión de carácter oficial ante órganos globales, las implicaciones se reflejarán en las demás entidades; así bien es el caso de Ecuador, que al no estar suscrito al Acuerdo Comercial de Contratación Pública, ACP, de la OMC, puede incurrir en un descenso del indicador Riesgo País del FMI o del Índice de Desarrollo Humano, IDH, del PNUD.

En segundo lugar es posible situar la Globalización ya que este término representa una estructura integral en estos procesos. La globalización político-económica plantea mecanismos financieros, comerciales, diplomáticos, entre otros, a los que cada nación debe adaptarse en función de fomentar su incidencia mundial y también permite que un país no se asile en criterios o normas que lo pueden alejar de un sistema interdependiente del que pueden aprovechar; además la globalización también genera una incidencia considerable en el fin último de la CP, la sociedad; los individuos adquieren costumbres y necesidades que pretenden satisfacer mediante su representante internacional, el Estado, y es obligación de éste encontrar los métodos apropiados para hacerlo, y la única manera de hacerlo es relacionándose con aquellas naciones en capacidad de proveer mencionado bien o servicio. (RUMAZO, 2013)

Tras este conjunto de preceptos se plantean sistemas de control de la Contratación Pública en términos que trascienden su materia. El SNCP mantiene un marco jurídico estructurado de tal manera que se rige por su ley, se direcciona a través de su reglamento y responde a sus instancias regulatorias; sin embargo, existen determinantes que obligan a instituciones representativas del Estado como

la Presidencia, y gracias a su relevancia influyen en políticas de su competencia, en este caso la CP. Incidencias como esta reafirman la necesidad de control supra institucional que coordine las obligaciones del Estado en relación a la toma de decisiones que traspasen límites geográficos, y es de esta manera que el ejecutivo administra esta responsabilidad en medida que el tema comercial, como lo es la CP, no distorsione aspectos políticos fuera de su lid, en medida que pertenece a una red de responsabilidades estatales que al no ser regulada por la Presidencia, en esta ocasión, otorga obstáculos innecesarios al Desarrollo Internacional Ecuatoriano. (RUMAZO, 2013)

CAPITULO III

LA DISCRECIONALIDAD DE LA LOSNCP Y SU REGLAMENTO EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS INTERNACIONALES.

3.1. El SERCOP como supervisor jurídico de los procesos de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano

3.1.1. La Eficiencia del SERCOP como entidad estatal reguladora

El sistema de contratación pública vigente hasta el año 2008 en Ecuador incurría en inconsistencias y errores que dieron paso a la discrecionalidad y desperdicio de recursos por parte de las instituciones contratantes del Estado. Por este motivo se creó el 04 de agosto de 2008 el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP a partir de la suscripción de la LOSNCP con la misión de liderar la gestión de la Contratación Pública, optimizar los recursos del Estado y dinamizar el desarrollo del sector productivo del país; además de ser referente de la contratación pública regional. Este organismo estatal actúa como agente de control del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP–, el medio a través del cual todas las instancias, organismos e instituciones que manejan recursos públicos articulan su planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como la ejecución de obras públicas. (SERCOP, 2012)

La relevancia del SERCOP se basa en sus funciones, de entre las cuales destacan las siguientes:

- *“Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP.*
- *Administrar el Registro Único de Proveedores RUP.*

- *Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado.*
- *Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos, herramientas y procedimientos relacionados con la Contratación Pública.*
- *Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP.” (SERCOP, 2012)*

El nivel de éxito de estas atribuciones determina a la eficacia de sus acciones y la eficiencia de su procedimiento, lo que en intereses del Estado se refleja en la optimización de recursos públicos, procesos de contratación Pública pertinentes a las necesidades de la nación, reconocimiento internacional del funcionamiento del SERCOP, la reducción del factor discrecionalidad de las entidades públicas y sus funcionarios en compras locales e internacionales y la aplicación de la normativa en una realidad práctica, realidad que gestiona USD 41 millones, 684 procesos publicados, 575 procesos adjudicados y 37 funcionarios capacitados cada día. (AGUIRRE, 2013)

Para efectos de la investigación, se tomarán en cuenta 2 fuentes de resultados del SERCOP; en primer lugar, su reporte de Rendición de Cuentas como análisis interno; y en segundo lugar, los reconocimientos internacionales que este organismo ha recibido en función de su competencia ante agentes ajenos al Gobierno y al Estado.

Por parte del Reporte de rendición de Cuentas del SERCOP para el periodo 2012, las cifras se mantienen acorde al informe de planificación del mismo organismo para este periodo. En razón de la cantidad de proveedores registrados, se experimentó un aumento de cerca del 38% en comparación con el año precedente, y de este total de proveedores, el 77% corresponden a microempresarios. Asimismo, se produjeron 138.041 procesos de contratación. Por el contrario, aquellos resultados de este periodo que no concordaron con la planificación del SERCOP se vincularon a los aspectos de los regímenes, en los cuales un 35% correspondieron al régimen regular y el 65% al régimen especial, mientras que el concepto preferencial a microempresas se mantuvo en niveles de monto, participaciones aproximadas de 50% entre pequeñas y grandes empresas respectivamente. (SERCOP, 2013)

Por otra parte, el impacto internacional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP ha reflejado reconocimientos que destacan su capacidad, entre los cuales destacan los siguientes:

- 2009.- Ubicado entre los países con mayor desarrollo y fortalecimiento de su sistema de Compras Públicas.
- 2009.- Segundo Lugar en América Latina Modelo de Madurez de Portales Electrónicos
- 2010.- Primer Premio al Liderazgo en Compras Públicas “Joseph Francois Robert Marcello”.
- 2010.- Primer premio al liderazgo en materia de modernización de sistemas de Compras Públicas
- 2011.- Presidencia de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales.
- 2012.- Primer Premio a la Innovación en Contratación Pública con el caso “Adquisición de medicamentos para el sector de la salud pública con tan solo un click”.
- 2012.- Primer lugar en el concurso de innovación en adquisiciones
- 2012.- Presidencia de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (AGUIRRE, 2013)

3.1.2. La innovación del SNCP para un proceso de control, análisis comparado.

El Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra en un proceso de cambio originado en 2008. Herramientas que no se encontraban posterior a esta fecha tomaron lugar con el objetivo otorgar una eficacia al Sistema que permita transparentar y controlar procesos de manera que las necesidades de la sociedad sean satisfechas mediante un oportuno funcionamiento del sector público. Los principales cambios implementados fueron la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, el Instituto Nacional de Compras Pública y el portal www.compraspublicas.gob.ec. (SERCOP, 2012) Estos instrumentos representan el avance en materia de CP del periodo 2008 – 2013 y han sido objeto de análisis a lo largo de la investigación.

En la derogada Ley de Contratación Pública se presentaban circunstancias en las que los procesos de CP atravesaban impases que no permitían un oportuno desarrollo del sistema al tiempo que causaban una inestabilidad normativa que motivó a la Asamblea Nacional a crear y aprobar la vigente LOSNCP, la misma que presenta un SNCP antecedido por las siguientes innovaciones jurídicas:

La LOSNCP contempla en el mismo cuerpo normativo lo recurrente a compra de bienes, prestación de servicios y ejecución de obra, al igual que la contratación de servicios de consultoría y los procedimientos establecidos bajo las exigencias de normas especiales para la compra de objetos de contratación específica, como en el caso de seguros para actividades de los sectores estratégicos del Estado, como seguridad interna y externa, o el sector industrial de hidrocarburos; a diferencia de la derogada ley que establecía una normativa independiente para cada uno de estos temas. (BUSTAMANTE, 2010)

La vigente ley de CP contempla procesos diseñados específicamente tanto para la adquisición de bienes y servicios como para la contratación de obras, característica que estaba reservada exclusivamente para la contratación de obras en la normativa derogada. Este cambio ha reducido el tiempo y el esfuerzo impuesto a procesos catalogados como sencillos y concurrentes para las entidades públicas. (BUSTAMANTE, 2010)

La legislación vigente en materia de CP pública establece criterios comunes entre las instituciones contratantes, mientras que de acuerdo a su par derogada cada una de las entidades debía actuar según su reglamento interno de contratación. (BUSTAMANTE, 2010)

Este sistema normativo vigente homologa un registro de proveedores único, el mismo que representa un control común entre ellos y garantiza el derecho a todos los ecuatorianos a participar como proveedores del Estado. Por el contrario la ley anterior permitía que cada institución administre su propio listado de proveedores. (SERCOP, 2012)

La implementación del Plan Anual de Compras, PAC, de cada institución pública propone un sistema armónico entre contratantes y contratistas mediante una planificación anual que representa procesos y contratos previamente analizados y autorizados a la vez que permite a los proveedores abastecerse de acuerdo a la necesidad del Estado a través de un procedimiento planificado y estructurado de cada entidad; a diferencia de la normativa anterior, la cual permitía al sector público gestionar su CP mediante procesos de discrecionalidad e improvisación según necesidades imprevistas y concurrentes, sin procedimientos explícitos ni normativa reguladora, no se podía, por lo tanto, evaluar los procedimientos ni aplicar veedurías. (BUSTAMANTE, 2010)

En asuntos internacionales, la legislación vigente toma en cuenta, como norma, aspectos de territorialidad jurídica congruente a los acuerdos y tratados suscritos por el Estado Ecuatoriano de manera que se considera a la CP un factor relevante ante una comunidad Internacional, mientras que en la ley precedente la autonomía de cada institución generaba inconvenientes de trasfondo internacional con consecuencias políticas dado su status de representantes oficiales del Estado. (INCOP, 2011)

Además, en la gestión autónoma de información, no existía un solo indicador que cuantifique el desarrollo de este Sistema, mientras que las vigentes herramientas electrónicas del actual SNCP permite a más de generar indicadores pertinentes a su comportamiento a nivel nacional, normaliza productos y servicios recurrentes al común de las entidades públicas, lo que deriva en ahorro presupuestario estatal. (BUSTAMANTE, 2010)

3.1.3. La participación del SERCOP ante el orden normativo del Estado

En el momento en que la Ley Orgánica de Contratación Pública se suscribió oficialmente, el Servicio Nacional de Contratación Pública adquirió la función de organismo regulador del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que significa que asume atribuciones y obligaciones establecidas en el mismo cuerpo normativo que lo rige. De esta manera el SERCOP debió adoptar medidas y lineamientos a los cuales estaba obligado en función de alcanzar los objetivos

correspondientes a sus atribuciones legales; de tal manera que debió incorporar una Estructura Orgánica, Estructura de Directorio, Normativa Legal Interna, Presupuesto Anual, Reporte de Información Financiera, Reporte de Información Operativa, Información de Planificación Institucional en contraste con sus Indicadores de Desempeño, Metas e Informes de Gestión y Finalmente la Información de Regulación y Control, conforme al principio de transparencia de la Institución y las exigencias de los organismos de control estatales ya estudiados, Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y Secretaría Nacional de Transparencia y Control Social. (SERCOP, 2009)

Estas herramientas cumplen funciones administrativas internas de la institución, normas que permiten la operatividad del SERCOP sin incurrir en fallos que por ley le representarían inconvenientes ante la legislación ecuatoriana. Sin embargo, el objetivo de ser el máximo organismo de control en CP se determina a partir de su normativa externa, normativa que modifica las obligaciones y los procedimientos de las entidades contratantes en el momento de disponer de recursos públicos para satisfacer sus requerimientos de funcionalidad. De esta manera el Servicio Nacional de Contratación Pública genera estas modificaciones mediante resoluciones y convenios, los mismos que deben ser acatados para el oportuno cumplimiento de la ley. (RUMAZO, 2013) Para efectos de esta investigación se tomarán en cuenta aquellas pertinentes al comercio internacional creado a partir de la Contratación Pública ya que obliga a las instituciones públicas a incidir como representantes estatales ante una Comunidad Internacional dinámica.

Entre sus resoluciones es posible citar la No. 016-09, la cual expide normas para certificación de producción nacional y autorización de importaciones por parte del Estado; esta resolución toma en cuenta el artículo 288 de la Constitución de la República en el aspecto que las compras públicas deben regirse bajo principios del margen preferencial a la producción nacional, mas cuando ésta sea inexistente, dicha resolución manifiesta el proceso que una entidad contratante debe seguir para obtener un permiso de importación de bienes por parte del SERCOP. (SERCOP, 2009) O la resolución No. SERCOP 2013-0000089 que contiene normas para la priorización de las ofertas de bienes, servicios y

obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública, mediante la cual establece un metodología, con fórmulas aritméticas en los que se determina la influencia calificativa de una oferta en función del valor agregado nacional de la misma además de la determinación del procedimiento de compra internacional en el caso que fuere necesario y la legitimidad de procesos dentro del mismo. (SERCOP, 2013)

De esta manera el Servicio Nacional de Contratación Pública se atribuye a ejecutar las políticas públicas del SNCP dentro de su territorialidad y como órgano de control en procesos que trasciendan este principio. La normativa aplicable está jerarquizada jurídicamente con la LOSNCP en primer lugar seguido de su reglamento General y, según lo investigado, sucedidas por las resoluciones del SERCOP. Además estas últimas deben expresar con claridad las prerrogativas de la Administración Pública. Se entiende, por lo tanto, que los actos administrativos relacionados con aquellos cuerpos legislativos del SERCOP deben ser motivados en la norma, y respecto de ellos puede presentarse recursos administrativos amparados por la ley. (BUSTAMANTE, 2010)

3.2. El rol de las instituciones públicas y sus autoridades como entidades contratantes de un Estado Interdependiente

3.2.1. Las actividades y responsabilidades Internacionales del contratante

De acuerdo al Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece responsabilidades y obligaciones pertinentes tanto para contratistas como para las entidades contratantes. En lo que respecta a la institución pública la LOSNCP establece en su sección I del Capítulo I en sus artículos 22, 23, 24, 25 y 26 que la entidad contratante debe cumplir las siguientes obligaciones precontractuales:

- Creación del Plan Anual de Contratación de la Institución acorde al Plan Nacional del Buen Vivir.
- Realización de los estudios pertinentes del impacto de la contratación.
- Certificación presupuestaria que sustente el monto a ser convenido.
- Elaboración de pliegos que contengan las especificaciones técnicas del producto, servicio u obra a ser contratado.

- Publicación del proceso en el portal www.compraspublicas.gob.ec. (SERCOP, 2013)

Adicionalmente, la entidad contratante se obliga a seguir un determinado proceso correspondiente a cada tipo de contratación determinado por el objeto del contrato, presupuesto referencial, régimen normativo y naturaleza del bien o servicio, dependiendo de su calidad de normalizado o no normalizado. De esta manera la legislación doméstica ecuatoriana homologa procesos comunes entre las instituciones públicas con el objetivo de cumplir los principios que persigue la LOSNCP y su reglamento general. (BALDEÓN C. , 2013)

Estas generalidades se cumplen, tal como ya se lo ha analizado, en el contexto territorial en consideración de que el alcance de la ley se somete a las fronteras geográficas del país y su carácter de impositivo se reserva para aquellos actores que bajo estos límites se desenvuelvan, sin embargo, cuando la contratación ya sea de bienes, servicios u obras, se ejecuta en países soberanos que poseen sistemas de normas jurídicas propias, las obligaciones de la entidad contratante se determinan mediante las características del régimen y del marco legal que se adopte, y que se acepte en el SNCP, con el objetivo de satisfacer aquella necesidad para el alcance de los objetivos planteados por la institución. (BALDEÓN I. M., 2008)

Bajo esta premisa organismos internacionales establecen obligaciones hacia las entidades contratantes que incurran en un comercio internacional por sí mismas, las cuales fungen como directrices cuando la LOSNCP no es oportuna a causa del régimen de contratación. En primer lugar está la OMC, la cual dicta normas pertinentes a las responsabilidades contractuales del sector público, y entre ellas se sitúa la publicación correspondiente del proceso en el cual debe constar la naturaleza y monto de la contratación, información de la adjudicación y adjudicado, tipo de régimen y proceso y listado de licitadores cuyas ofertas no hayan sido seleccionadas. (OMC, 1994) Así también se obliga a la entidad contratante a presentar por escrito todas las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general y los procedimientos relativos a los contratos públicos comprendidos en el proceso. Además este

acuerdo atribuye a los Estados a emitir un listado que transparente la participación de aquellos proveedores no elegidos, aun cuando sea información reservada, posteriormente las partes deben facilitar anualmente estadísticas sobre los contratos celebrados en este periodo donde constará la información integral de los mismos. (OMC, 1994)

Otro organismo Internacional con relevancia institucional en materia de contratación pública es la Unión Europea, la cual establece un sistema de obligaciones para las entidades contratantes con aplicabilidad en la Comunidad Internacional. Esta normativa parte de las mismas obligaciones para las entidades contratantes que el ACP, por su adhesión, pero además plantea dos principales cambios originados a partir de un proceso de Negociación en materia de CP que tuvo lugar en 2006. Las instituciones públicas están obligadas a alimentar una base de datos electrónica en los que cada aspecto de la contratación podrá ser registrado y contribuir a mecanismos de normalización internacional de los procesos, y además compromete a los Estados participantes a llevar a cabo proceso de selección que garanticen que las empresas que deseen participar en licitaciones no hayan sido declaradas culpables de cohecho o corrupción por el bien de un sistema de contratación público transparente. (UNIÓN EUROPEA, 2008)

En un contexto más cercano al entorno ecuatoriano se considera el sistema de Colombia, el cual ha servido como referente de legislación comparada en estudios realizados por juristas ecuatorianos. Esta normativa propone una estructura de obligaciones hacia la entidad contratante con bases sustanciales en el pago de los montos convenidos en las cláusulas contractuales, determinado por sus plazos y términos; el ejercicio de una vigilancia fiscalizadora de carácter administrativo, técnico y financiero con respecto al proceso de disposición de bienes, servicios u obras; la formulación de sugerencias por escrito sobre observaciones que estimen inconvenientes por parte de la entidad contratante respecto a los términos contractuales y aquellas obligaciones referentes al régimen del proceso. (DEPARTAMENTO DE CALDAS, 2012)

3.2.2. El ordenamiento de una estructura racional del sector público

Tal como se analizó las dependencias públicas se someten a responsabilidades el momento de llevar a cabo contrataciones mediante la disposición de recursos públicos. Ahora bien, con el objetivo de entender como estas responsabilidades toman incidencia internacional, es pertinente enfocar la atención de este análisis a la estructura de las entidades públicas, tanto con el rol de contratante como con el de entidad reguladora, de manera que la racionalidad llevada a la práctica del sector público justifique el sistema de compras exteriores. A fin de establecer esta estructura, es concurrente analizar un caso de contratación internacional, cuya concurrencia se hace presente en cerca del 70% de ocasiones, tanto en procesos de incidencia nacional como extranjera, de los procesos registrados en el periodo fiscal del año 2012:

El Ministerio de Turismo ingresó al sistema el proceso No. RE-MT-CZ5-041-2012 con el objeto de Contratar el Espacio Físico para la participación del Ministerio de Turismo en la Feria FITE 2012 del 27 al 30 de septiembre de 2012. Previo al lanzamiento de este proceso el Ministerio debió realizar su Plan Anual de Contratación pertinente al año 2012, el mismo que fue aprobado por la máxima autoridad del organismo. Posteriormente, el departamento requirente debió solicitar mediante memo No. MT-CZ5-2012-2456 autorizado por su representante, en este caso la Ing. Ana Berrezueta, la Necesidad del Objeto a ser contratado. De manera consecuente se emite la solicitud de Disponibilidad Presupuestaria No. 326 por USD 10.660,00 correspondiente al valor de la compra y se envía a la máxima autoridad o su delegado del Ministerio de Turismo para la aprobación del proceso. En este paso se determinó el régimen correspondiente del proceso, los términos de referencia que constarían en los Pliegos de la Contratación y la invitación pertinente a la empresa contratista. (SERCOP, 2012)

Una vez realizado este proceso es responsabilidad de la unidad contratante velar por el cumplimiento legal del procedimiento precontractual del proceso según lo dicta la LOSNCP y su Reglamento General; los plazos para la formulación de preguntas de los pliegos, la emisión de sus correspondientes respuestas, los términos y plazos para la entrega de los formularios que

representan la oferta técnica – económica del proveedor, la apertura y evaluación de las propuestas entregadas, la adjudicación del contrato y la delegación del administrador de contrato y un técnico que no haya participado en el proceso tal como lo exige el art. 124 de la LOSCP. (SERCOP, 2012)

Hasta esta instancia el proceso precontractual se ha desarrollado con la normalidad estructural que envuelve a las autoridades de las entidades contratantes y a los responsables de sus unidades requirentes de la misma manera que sucede en contrataciones locales. Posterior a ello entra en vigencia la fase contractual del proceso, la misma que constó de la exoneración de garantías gracias a la procedencia del contratista y su apego a normas concurrentes extranjeras, lo que representa una diferencia al proceso exigido por la LOSNCP, además la fiscalización tuvo lugar por parte del administrador del contrato para que los términos estipulados fuesen cumplidos en el periodo establecido, del 27 al 30 de septiembre de 2012 en este caso. Una vez entregado el producto se dispuso la suscripción del Acta de Entrega Definitiva para la aceptación satisfactoria del Objeto misma que debe ser firmada por el Administrador del Contrato y un Técnico ajeno al proceso de acuerdo a lo estipulado en el art. 124 de la LOSNCP. De forma posterior, el expediente es enviado al departamento financiero en el que atraviesa la unidad presupuestaria, encargada de realizar la afectación pertinente, contabilidad, responsables del asiento contable del pago y tesorería, quien da el clic de pago según los términos y plazos de desembolso del contrato. (SERCOP, 2012)

De esta manera y mediante la ejemplificación de un caso particular, culmina el ciclo donde la estructura normativa determinada por el SNCP cumple con los cometidos en función de planificación, disponibilidad financiera, responsabilidades precontractuales y contractuales, respeto de términos técnicos y convenio de pago y garantías de contrataciones sin perjuicio de que la interpretación y adaptabilidad de la ley local con las normas internacionales influya de manera relevante en el desarrollo del proceso a través del sistema estructurado. (BALDEÓN C. , 2013)

3.2.3. La eficiencia en el alcance Internacional de las empresas públicas

Tal como lo plantea el Derecho Internacional Público, el principio de extraterritorialidad no es ajeno al sistema jurídico ecuatoriano lo que significa que para los residentes, o en el caso de esta investigación las entidades contratantes o contratistas, se distingue el espíritu de soberanía de la ley en cuanto los actos que realizan producen efectos en Ecuador de manera que exista obligación de someter su alcance a la ley ecuatoriana según el artículo 14 del Código Civil; mas si los efectos de estos actos no van a presenciarse en Ecuador no hay norma que obligue de manera innata a las instituciones privadas o públicas a regirse al marco jurídico doméstico. (HOLGUÍN PAG 151)

De la misma manera, se explica a través de este lineamiento normativo que aquellas personas Naturales o jurídicas domiciliados en Ecuador se rigen bajo las leyes ecuatorianas, con la excepción del principio de los derechos adquiridos y la concesión especial de capacidad según la ley extranjera que puedan considerar los tratados internacionales suscritos en el Estado ya que existe el vacío normativo Civil que dicte un comportamiento aplicable a estos casos, por lo tanto surge la adaptabilidad de los acuerdos internacionales que al ser suscritos por el Estado tienen un carácter vinculante tanto para el sector público como el privado; y en el caso de que éstos no existan se actúa conforme a los principios generales del Derecho. (HOLGUÍN, 1998)

En consecuencia se ha planteado la necesidad de determinar el alcance del orden público a nivel internacional y sus determinantes para lo cual se obtuvieron respuestas como la pertinente a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la misma que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la noción y los efectos del orden público internacional. Mediante sentencia de julio 27 del 2011, al estudiar una solicitud de ejecútese, o exequátur, de un laudo extranjero amparado en la Convención de Nueva York, precisó que la noción de orden público *“se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso”*; (MEDINA, 2012) consecuentemente se aclaró durante el desarrollo de lo anterior que *“el desconocimiento de una norma imperativa propia del ‘foro’ del*

juez del exequátur, per se, no conlleva el resquebrajamiento del mencionado instituto". (MEDINA, 2012)

Teniendo en cuenta esta decisión, es pertinente considerar dos principios oportunos para la explicación de este análisis. En primer lugar, el orden público internacional está limitado a instituciones de carácter jurídico como la buena fe y el abuso del derecho, sin embargo, la tendencia internacional sobre la materia incluye aspectos políticos, económicos y relativos a la estabilidad del Estado que constituyen su esencia tal como la Contratación Pública, por lo tanto la delimitación del concepto exige procesos de análisis individuales, puesto que la aplicación amplia puede conducir a que el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros sea excepcional. En segundo lugar, decisiones como la analizada establece un alcance respecto al orden público interno y al orden público internacional, siendo este último el que debe abordarse al analizar si se otorga la sentencia a un laudo proferido en el exterior; Asimismo, la excepción de la aplicación de la legislación interna soberana no exime el reconocimiento de la decisión internacional. (SHACKLETON UNIVERSITY, 2013)

En un contexto nacional, dos ejemplos sirven para clarificar el punto: por una parte, si en un contrato internacional que se ejecuta en Ecuador las partes pactan como ley aplicable una ley extranjera, el análisis a realizar al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento no es si dicha elección está permitida o prohibida en nuestra legislación, sino si atenta contra el orden público internacional ecuatoriano desde una ejecución con partes del sector público. Por otro lado, si se realiza una Contratación Pública cuya celebración toma lugar en el exterior mediante un contrato verbal, porque así lo dispone la ley del lugar de celebración, aun cuando en Ecuador se establece una determinada formalidad ad solemnitatem, el análisis en sede de la solicitud del laudo se debe centrar en determinar si la falta de forma atenta contra los principios básicos de las instituciones ecuatorianas, mas no en el contenido y la naturaleza de la disposición. (DELGADO, 2004)

Lo precedente conduce este análisis, entonces, al alcance comercial de Ecuador respecto al comercio internacional que en su territorio se desarrolla. La

particularidad es que la legislación ecuatoriana, Mediante su Código de Comercio, se enfoca el interés en la calificación de los actores y los actos mismos de comercio, y es esta calificación, según el código Sánchez Bustamante, la característica que otorga la concepción de territorial al Código de Comercio Ecuatoriano, lo que respalda una aplicabilidad del alcance público analizado en instancias ecuatorianas.

3.3. Los proveedores del Estado y su participación como Contratistas Públicos

3.3.1. La administración privada y su impacto en la Contratación Pública Internacional.

En el contexto global, la administración internacional privada se aplica en las empresas en razón de que los tratados y acuerdos internacionales que se establecen entre gobiernos, permiten realizar negocios y relaciones entre ellos pero también dinamiza la participación privada a medida que permite buscar nuevas oportunidades de mercado, fuentes de materia prima y financiamiento estable y mercados clave. De esta premisa emerge la necesidad de las empresas por buscar esquemas de administración que les permitan optimizar su operatividad internacional, la misma que comercialmente presenta tres tipos de circunstancias: las domésticas, las externas y las internacionales. Siendo las domésticas aquellas circunstancias controlables que suceden dentro del alcance de la misma empresa, lo externo aquello con lo que la compañía tiene que lidiar en cuanto a factores incontrolables que se originan dentro de los límites del estado donde están domiciliados y las circunstancias internacionales como aquellos factores que surgen de la interacción de Estados con incidencia en las condiciones de la empresa. (ABAD, 2008)

Esta división plantea teorías que buscan armonizar la capacidad productiva de una compañía con las condiciones resultantes de la interacción de los factores externos con los internacionales o de la reacción entre diferentes factores internacionales mediante un proceso de planificación y adaptabilidad de forma que las circunstancias controlables no se perjudiquen a partir de sí mismas ni de aquellas incontrolables. Así pues se establece como atribución de la administración privada la determinación de las características de una circunstancia

que trascienda las barreras domesticas del Estado, mediante el análisis de las condiciones en la que una acción o comportamiento depende de factores internacionales vinculantes al país de domicilio, en el que, necesariamente, interactúan aspectos legales nacionales en contraste con aquellas normas internacionales reconocidas por el Estado para que se reconozca como caso de Derecho Internacional Público. (MONROY, 1995)

De forma consecuente, el sector privado ha llevado a cabo operaciones administrativas que desde la práctica influyen en las normas internacionales. Ya sea por su status o por la relevancia del capital que representan, pero su comportamiento está vinculado al aspecto dogmático de las relaciones y el comercio internacional. En materia de contratación pública la realidad se asemeja a la convergencia del sector público con incidencia privada. (McCRUDDEN, 2007)

Un caso pertinente es la década de los 90 en la que se marcó de manera definitiva el impacto privado en las políticas de naciones y de organismos internacionales encargados de diferentes aspectos económicos tal como comercio, derechos humanos, sistemas laborales o medioambiente; como resultado se sugirieron a los Estados, e impusieron en ciertas ocasiones, acordar normativas supra estatales que vinculen sus políticas soberanas en consideración de un sector privado cuya práctica las había trascendido tiempo atrás y precisaban de figuras jurídicas vinculantes que garanticen sus derechos a cambio de obligaciones y compensaciones sociales. Como resultado se obtuvo el Foro Económico mundial de la ciudad de Davos en 1999 que dio lugar al Pacto Mundial de la ONU, el Acuerdo de Responsabilidad Laboral de la OIT y para efectos de este análisis el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC de 1994. (McCRUDDEN, 2007)

Tras estos precedentes se entiende la posición que defiende que la administración privada ejerce un impacto en el sector público a través de dos fuentes, la influencia que ejerce su relevancia en la economía del Estado y la privatización de los servicios públicos, lo que se entiende como la satisfacción de una necesidad social pertinente al sector público, a través de empresas privadas contratadas con fondos estatales. Estas dos premisas estrechan la brecha entre

los sectores público y privado. Es a través de mencionadas teorías como se formula la pretensión del Estado ecuatoriano para fomentar una participación de la contratación pública de aquellos sectores económicos definidos como estratégicos para el Plan de Desarrollo Nacional a través de márgenes de preferencia para los pequeños empresarios y mantener la tendencia de proteccionismo ante empresas multinacionales o las limitaciones estipuladas en la LOSNCP y su reglamento general hacia adquisiciones extranjeras o importaciones, así como también la participación de la opinión privada en la formulación de reformas normativas aplicables al SNCP pertinentes tanto a las exigencias de los grandes productores como a las necesidades operativas de las entidades contratantes y sus unidades requirentes. (McCRUDDEN, 2007)

3.3.2. La relación entre la exigencia del sector privado y su participación en el sector público

En un punto anterior se mencionó el Código Sánchez Bustamante, el cual es uno de los referentes del Derecho Internacional en materia de Contratos, Acuerdos y Tratados; pues bien, con el objetivo de mantener esta investigación en el lineamiento internacional de la participación pública a través de su artículo 166 el cual establece el principio de que las obligaciones que se generan a partir de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos y en el caso contrario de no contar ello se haya fijado una normativa aplicable, ya sea por la falta de una legislación pertinente o por voluntad privada, el mismo código plantea interpretar la voluntad presunta de los contratantes; y para efectos de este análisis la normativa y la voluntad del sector público, en materia de Contratación Pública, se dictaminan a través del SNCP y los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir, por lo que casos público – privados de este ámbito encuentra incidencia jurídica tanto en la práctica como en la disposición de reglas y conductas públicas. (HOLGUÍN, 1998)

Una vez analizada la incidencia privada en el sector público desde la perspectiva jurídica, es pertinente llevarlo a términos de desarrollo económico, área concebida por el Derecho Internacional Público como un determinante del sustento normativo que éste ejerce. Desde la década de los 90, la relevancia de una participación Público-Privada ha ido adquiriendo gran notabilidad en el

sistema global desarrollado, como efecto de la creciente necesidad de las administraciones públicas para incorporar los recursos y la experiencia del sector privado con el objetivo de optimizar la provisión de bienes y servicios a través de recursos estatales. Esta incidencia del sector privado en la administración pública se fundamenta en cuatro principios. En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, a causa fallos de mercado tal como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades, deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione eficazmente. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas fases del ciclo de un proyecto de interés del Estado puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Estos principios se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos. (VASALLO, 2010)

A partir de este entendimiento, es posible resolver la manera en los que los intereses tanto público como privado convergen en una misma esencia, la obtención de bienes, servicios u obras de calidad al menor costo posible; con la diferencia que en la empresa privada su financiamiento resulta de la misma capacidad interna o de un tercero cuya relación es directa y en el caso del SNCP su fuente de financiamiento es la sociedad, lo que significa un costo político a través de cada decisión tomada. Por lo tanto es pertinente citar aquellas justificaciones doctrinarias de carácter económico de esta incidencia privada en el Sistema de Contratación Pública Ecuatoriano:

- Las ganancias de eficiencia técnica derivadas de la competencia entre empresas privadas y de permitir al sector privado integrar todas las fases del ciclo de proyecto.
- La posibilidad de que el sector privado acometa productos, servicios o infraestructura socialmente necesaria, pero que no pueden llevarse a cabo por restricciones presupuestarias.

- La mejora de la calidad ofrecida al conglomerado social producto de una mayor exigencia del sector público al sector privado. (VASALLO, 2010)

De esta manera se plantea los principios europeos que fomentan la implementación de factores privados en la función pública de tal forma que el concepto de eficiencia trascienda los términos legales y se acentúe de una manera práctica bajo las figuras que la literatura económica distingue entre eficiencia asignativa y eficiencia técnica. La primera en términos que se refieren a los precios que hacen que el bienestar social sea máximo, tal como sucede en el caso de la contratación del Metro de Quito, cuya tarifa direccionada a los usuarios no justifica la inversión Estatal, mas la satisfacción social sí lo hace. Mientras que la eficiencia técnica se logra cuando, para un determinado nivel de calidad, se produce al menor costo posible que permite la combinación de los factores de producción, tomando en cuenta la inversión pública como el desempeño privado. (UNIÓN EUROPEA, 2008)

3.3.3. La interdependencia de la empresa privada internacional con el sector público ecuatoriano

El sector privado se ha establecido, tal como se ha venido analizando, como un factor de incidencia pública de acuerdo al SNCP, en razón de su experiencia y experticia en proveer bienes, servicios u obras que el Estado por sí solo no podría producir, sin embargo es pertinente colegir la forma en que al igual que existe una relación de interdependencia entre Estados, las empresas privadas también dependen de ellos en cuestiones de regulación, políticas financieras, proveedores de demanda, entre otras, de manera que se crea un vínculo de similares características entre lo privado y lo público.

Dentro del aspecto legal internacional se puede recurrir nuevamente al Código Sánchez Bustamante debido a que éste agrupa el acto de comercio y del comerciante, sea este privado o público, con la capacidad comercial de los mismos. Este código propone una calificación de los comerciantes en base a la determinación de su capacidad especial ya que al tratarse al Estado como una de las partes está en su atribución modificar la capacidad y las condiciones que normalmente se localizan en los contratos domésticos. Este precepto se explica a

través de los tratados de Montevideo de 1989 y 1940 donde, aunque no se presenta una disposición especial sobre la capacidad del comerciante, colige en su artículo 3 y 4 que *“Los comerciantes y agentes auxiliares de comercio están sujetos a las leyes del país en que ejercen su profesión”*. (LEXIS, 1999) Sin realizar distinción sobre la naturaleza del agente de comercio y entendiendo a la ley como aquella que rige en el domicilio comercial de las partes. (HOLGUÍN, 1998)

En continuación a este aspecto de interdependencia, dentro de la realidad ecuatoriana es oportuno tomar en cuenta el paralelismo de este Código Internacional, anteriormente citado, y el Código de Comercio vigente en Ecuador, en razón de que ambos cuerpos normativos concuerdan en que la capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en actos mercantiles internacionales se debe hacer presente el método de regulación a través de la ley de cada interesado; premisa que concuerda con el Artículo 3 del Reglamento General de la LOSNCP que reconoce la validez jurídica de Legislaciones Extranjeras, Prácticas Comerciales y Modelos de Negociación Internacional en razón de sentar bases de la dependencia del Estado Contratante con sus Proveedores Internacionales sin desmerecer la dependencia que se genera desde el sector privado hacia su demanda de origen público. (HOLGUÍN, 1998)

Una vez estipulado alcance legal que determina la dependencia de compañías privadas en relación a la administración pública, es oportuno definir la manera en la que el sector empresarial determina este sistema. Es preciso acotar que no existe una teoría común entre las multinacionales, mas se cuenta con organizaciones privadas internacionales que se especializan en este tema y buscan adquirir una representatividad global que les permita unificar criterios de carácter privado en el contexto estatal. En este caso se tomará en cuenta el Center for International Private Enterprise, la cual plantea una ideología, aceptada por la comunidad Internacional, que promueve la idea que la libertad económica y política están entrelazadas y que el progreso y desarrollo se obtienen a través de la combinación de la liberalización política y económica; asimismo, la consolidación democrática no es atendida únicamente por procesos electorales, también establecen elementos como la prensa libre, reconocimiento de los derechos humanos, y en temas más administrativos, una contratación pública

abierta sin márgenes discriminatorios tal como lo propone la Organización Mundial de Comercio (CIPE, 2005). Dentro de Esta medida determinan una dependencia privada bajo los siguientes términos:

- Gobernabilidad democrática
- Lucha contra la corrupción
- Desarrollo de asociaciones empresariales
- Gobernabilidad empresarial
- Reformas jurídicas y regulatorias
- Acceso a información
- Mujeres y jóvenes
- Sector informal y derechos de propiedad

De esta manera, el Center for International Private Enterprise plantea que la participación oportuna de la empresa privada en esta lista de atribuciones pragmáticas pueden sustentar un proceso de incidencia en los Estados patrocinadores de domicilio del sector privado con el objeto de armonizar relaciones que sustenten una estructura comercial beneficiosa para la economía local, estableciéndose una de las áreas con mayor Influencia como la Contratación Pública. (CIPE, 2005)

4. ANÁLISIS

El sistema globalizado genera circunstancias, como la interdependencia, a las que los países se someten; en el contexto ecuatoriano la realidad del Sistema Nacional de Contratación Pública cumple un papel de representatividad ante sus socios comerciales por su carácter oficial al ser el Estado la entidad Contratante. Así es cómo Ecuador al formar parte de este sistema interdependiente adapta su comportamiento, en materia de Contratación Pública, a las exigencias de sus obligaciones internacionales y responde a la influencia que los actores multinacionales privados ejercen en el mercado doméstico.

En cuanto a la incidencia de este Sistema Internacional sobre el Estado Ecuatoriano se explica, a través del Derecho Internacional, que aun cuando los

Estados son los encargados de suscribir acuerdos y adherirse a organizaciones, las empresas privadas son los actores sometidos a dichas normas. Es en respuesta a esta importancia que la Comunidad Internacional interviene en materia de CP en acuerdos de alcance global como el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, el cual busca crear un mercado de proveedores públicos abierto y restar discrecionalidad y discriminación de las entidades públicas frente a sus proveedores internacionales.

En medida de lo precedente, en el mes de Agosto del año 2008 entró en vigor la LOSNCP la cual aporta normas que regulan los procesos de CP y las obligaciones y derechos de entidades contratantes y contratistas al mismo tiempo que reconoce la relevancia de esta materia en la política internacional ecuatoriana y el respeto a sus tratados pertinentes. Consecuentemente, Ecuador dispone a través de su legislación vigente la posibilidad de contratar con empresas extranjeras mientras se respete el principio de preferencia de producción local, lo cual contradice al modelo de CP propuesto por la OMC, sin embargo, Ecuador ratifica el reconocimiento legal de legislaciones extranjeras y herramientas internacionales cuando una contratación se realice en el extranjero.

En procesos de control posterior, existen tres organizaciones pertinentes, la Contraloría General del Estado, la Secretaría Nacional de Control Social y Transparencia y la Procuraduría General del Estado, la mismas que a través de herramientas legales y procesos de regulación buscan cumplir los papeles de Fiscalización, control anticorrupción, y representatividad legal del Estado, respectivamente. Lo cual al tratarse de temas de CP responden a un concepto de Utilitarismo del Estado; concepto que aún cuando es juzgado por la falencia en el respeto de los Derechos Humanos individuales sustenta legitimidad en el precepto que una CP óptima responde a las necesidades del mayor número de personas de la sociedad aunque ello signifique la privación de un derecho individual.

De la misma manera la Comunidad Internacional promueve el mismo principio en razón del bienestar del Sistema Global sobre la soberanía individual del Estado, por lo que sus propuestas de contratación pública se direccionan a salvaguardar el capital privado a través de la competencia mundial abierta, sin resguardo de aquellos Estados con menores ventajas comparativas y

competitivas, y desde el capital público fomentan la incidencia y participación de decisiones soberanas a través de su compromiso al capital privado que financia proyectos y acciones que mantienen el status de organizaciones internacionales de relevancia global como Naciones Unidas.

Así es cómo en búsqueda de la armonía entre el Sistema Nacional de Contratación Pública y las Relaciones Internacionales ecuatorianas emergen posibles legislaciones aplicables, de la misma ONU y demás organizaciones Supraestatales que se financian a través de fondos públicos y mantienen procesos internos de CP aplicables en la Comunidad Internacional. En la marcha de esta búsqueda han surgido reacciones del poder ejecutivo ecuatoriano, el mismo que a través sus atribuciones reforma normas en materia de CP de manera que respondan a los objetivos de Desarrollo del Estado y promuevan una concordancia política entre el SNCP y sus socios comerciales.

En un marco específico de contratación pública ecuatoriana, se evidencia la forma en la que la incidencia de herramientas instauradas desde 2008 como el SERCOP, la LOSNCP, el RGLOSNCP y el portal www.compraspublicas.gob.ec han sido recursos aplicables a procesos domésticos, mientras que su cumplimiento cabal se exime en materia internacional, donde actúan códigos regionales tal como el Cód. “Sánchez Bustamante”, el cual compagina con las leyes pertinentes en CP al tiempo que relaciona el carácter local soberano de Ecuador y sus obligaciones en materia comercial ante sus proveedores o socios.

La CP se plantea como un acto de comercio entre dos o más partes, de manera que cuando una de ellas trasciende las barreras territoriales del SNCP se presentan recursos Internacionales que permiten armonizar la relación entre los participantes a través del cumplimiento de los acuerdos a los que los Estados se han obligado y que mediante el Derecho Internacional Público se sustentan atribuciones legales de manera que errores de discrecionalidad o fallos de mercado no perjudiquen la interdependencia entre Empresa Privada y Estado, y entre miembros de la Comunidad Internacional vigente.

5. CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis objeto de este trabajo las conclusiones alcanzadas son las siguientes:

- Ecuador es un Estado interdependiente lo que le impide desarrollarse a través de un modelo autárquico.
- Los Estados como Ecuador, adaptan su sistema jurídico, incluida su legislación pertinente en Contratación Pública, de manera que éstos no representen obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones a las que el país se ha sometido a través de acuerdos internacionales.
- El Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente desde el año 2008 tiene herramientas y lineamientos prácticos para los procesos de CP en medida que éstos norman y aportan un carácter vinculante al comportamiento de las instituciones públicas requirentes en consideración del Plan Nacional del Buen Vivir y las obligaciones correspondientes a los tratados internacionales que Ecuador ha suscrito.
- Estas mismas herramientas se encuentran limitadas por la legitimidad que poseen a nivel global, ya que por políticas domésticas, la Contratación Pública Ecuatoriana no fundamenta los mismos principios aperturistas que su similar a nivel mundial.
- Desde un punto de vista de pertinencia internacional, Ecuador financia, por su utilidad, instituciones fiscalizadoras, las cuales cumplen sus funciones de acuerdo a su alcance en un ámbito global.
- Estos organismos de control se desenvuelven bajo principios de optimización de recursos públicos por su característica de limitados de forma de promover un comercio que responda a los intereses y necesidades estatales.
- Las entidades contratantes desempeñen bajo ideologías de comportamiento promovidas por normas legales impuestas por comunidad Internacional de manera que las limitaciones de las herramientas del SNCP antes mencionadas no encuentren otros obstáculos dentro de un punto de vista dogmático.

- La efectividad del SNCP es oportuna a nivel de incidencia doméstica ya que genera prácticas que resultan desde el punto de vista legal y práctico pertinentes para las necesidades públicas a través de compras internacionales.
- La estructura jurídica internacional de contratación pública tiene complejidad con elementos y normas que se contraponen a los objetivos y principios que promueve el SNCP, de manera que su efectividad internacional se limita a la capacidad de las entidades contratantes por interpretar la ley y llevar a la práctica sus atribuciones.
- Desde la incidencia del SNCP en los contratos celebrados es posible decir que cumple las expectativas, por lo menos a nivel local, de las proyecciones estipuladas por el SERCOP.
- En el momento que entra en consideración el factor de la extraterritorialidad de la Ley, la incidencia del sistema se limita a una participación reguladora del SERCOP y su capacidad de ampararse bajo códigos, acuerdos y tratados internacionales que representan un poder jurídico con capacidad vinculante.
- La discrecionalidad que otorga el SNCP a procesos de contratación internacional se determina a través de las facultades que las acciones comerciales que involucren a partes que, según del Derecho Internacional, pueden ser considerados actores en este tipo de procesos y de cuya interacción emergen resultados con validez legal a partir de legislaciones ajenas a la práctica doméstica de un solo Estado.

6. RECOMENDACIONES

En consideración a la investigación realizada se sugieren las siguientes recomendaciones:

- Reconocer la interdependencia de Ecuador frente el mundo, de manera que los esfuerzos y acciones a nivel público sean realizados con objetivos de integración y diplomacia internacional.

- Responder a la estructura de objetivos estipulados en el Plan de Desarrollo Nacional de forma que exista una coordinación entre las capacidades y funciones del Estado.
- Adaptar la practicidad del Sistema Nacional de Contratación Pública a una doctrina teórica que sustente a través de normas vinculantes los procesos de contratación realizados en mercados extranjeros.
- Analizar, por lo menos en materia de CP, si el sistema proteccionista implementado a través de las políticas comerciales ecuatorianas que limita las herramientas y atribuciones del SNCP en procesos internacionales, contribuye de manera eficiente al cumplimiento de los principios estipulados por la misma LOSNCP o si en realidad se genera un ámbito en el cual resulta beneficioso optar por medidas aperturistas que concuerden con los lineamientos de la Comunidad Internacional.
- Implementar normativas internacionales, mediante decretos ejecutivos o reformas del SERCOP, que sirvan al objetivo de aumentar la eficacia del SNCP y de esta manera legitimar su incidencia internacional en relación al alcance comercial y la armonía diplomática del Estado y así incursionar en una gestión de trascienda la mera adaptabilidad del marco legal doméstico con las normas promulgadas por reglamentos y acuerdos internacionales.
- Insertar en el sistema jurídico del Estado para que éste permute de un dogma que abarque principios de lid global, pero que promueve una práctica de proteccionismo enfocada en intereses exclusivamente locales, a un sistema jurídico con menor cantidad de incongruencias normativas y mayor participación a nivel regional en materia doctrinaria de Contratación Pública.
- Resolver la necesidad de procesos determinados que consten en la LOSNCP y su Reglamento General, de manera que se esclarezca códigos o modelos de procedimiento, tal como los establecidos por la OMC, la Unión Europea o el mismo procedimiento de contratación interna de la ONU, pertinentes cuando la Ley doméstica no sustente bases legales sólidas a causa su factor territorial y de esta manera evitar errores tal como la discrecionalidad de funcionarios que puede perjudicar a la entidad contratante en satisfacer necesidades que le permitan optimizar el bienestar social a través de dichas compras o contrataciones, a través de

los actores responsables de la configuración de normas en materia de contratación pública como la Presidencia de la República o el Servicio Nacional de Contratación Pública

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ABAD, C. (2008). *Análisis de la Crisis Privada en América*. Monterrey: UDLA México.
- AGUIRRE, J. F. (2013). *Un Día en el SERCOP*. Quito: SERCOP.
- ÁLVAREZ, Í. (2010). *UNA FUNDAMENTACIÓN UTILITARISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Madrid: Universidad Europea de Madrid.
- ARAUJO, A. (18 de 12 de 2011). ASIÁTICO SE CONVIRTIO EN PRINCIPAL ACREEDOR DE ECUADOR. *EL COMERCIO*, pág. 17.
- ASAMBLEA NACIONAL. (2008). *LOSNCP*. Quito: Asamblea Nacional.
- ASAMBLEA NACIONAL. (2008). *LOSNCP*. En A. NACIONAL. Quito: Asamblea Nacional.
- BAJAÑA, D. V. (15 de 04 de 2013). *UDLA*. Recuperado el 21 de 07 de 2013, de blogs.edu.ec/educandoecuador/2013/04/15/autonomia-e-interdependencia
- BALDEÓN, C. (2013). *La Normalización en la Contratación Pública*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- BALDEÓN, I. M. (2008). *La Subasta Inversa en la Contratación Pública*. Quito: Gioconda Melo.
- BERR. (07 de 12 de 2012). *BERR Internacional*. Recuperado el 04 de 08 de 2013, de <http://www.berrinternational.com/berr/quotations.aspx>
- BUSTAMANTE, C. (06 de 09 de 2010). *Repositorio UTPL*. Recuperado el 21 de 08 de 2013, de <http://cepra.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/2351/1/Tesis%20de%20Bustamante%20Bustamante%20Carlos%20Alberto.pdf>
- Carlos RODRÍGUEZ. (23 de 03 de 2012). *PUNTO POR PUNTO*. Recuperado el 22 de 07 de 2013, de <http://www.puntoporpuntointernacional.com/portal/node/5535>
- CEAS . (03 de 07 de 2013). *CEAS CÍA LTDA*. Recuperado el 03 de 08 de 2013, de http://www.ceas.com.ec/114-invitan_a_la_sexta_edicion_especializacion_en_derecho_de_la_contratacion_publica.html
- CGE. (2010). *CGE DA3-0039-2010*. Quito: CGE.
- CHOI, C.-H. (12 de 04 de 2013). *Empresas Privadas Internacionales: 7 Razones por la que Deberíamos Ponerles Bozal*. Recuperado el 17 de 08 de 2013, de <http://prezi.com/cstzqoqpfzn/empresas-privadas-internacionales/>
- CHRASSUS. (30 de 06 de 2009). *Las 100 Marcas más Reconocidas a Nivel Mundial*. Recuperado el 18 de 08 de 2013, de

- <http://www.chrassus.com/2010/07/las-100-marcas-mas-populares-nivel.html>
- CIPE. (13 de 11 de 2005). *Centro para la Empresa Privada Internacional*. Recuperado el 28 de 08 de 2013, de <http://www.cipe.org/language-intro/spanish>
- CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. (11 de 02 de 2013). *La Institución*. Recuperado el 11 de 08 de 2013, de http://www.contraloria.gob.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=3
- CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. (2012). *Rendición de Cuentas 2009 - 2012*. Quito: CGE.
- CORREA, R. (2012). *Rendición de Cuentas 2008 - 2012*. Quito: Presidencia de la República.
- DELGADO, C. (2004). *Introducción al Derecho Internacional*. Lima: Pontifici Universidad Católica del Perú.
- DEPARTAMENTO DE CALDAS. (2012). *CONTRATO DE OBRAS*. Caldas: Dept. Caldas.
- DUTTI, A. (01 de 05 de 2012). *Monografías*. Recuperado el 25 de 07 de 2013, de <http://www.monografias.com/trabajos93/sociedad-y-comunidad-internacional/sociedad-y-comunidad-internacional.shtml>
- EL UNIVERSO. (23 de 05 de 2013). 39 millones por pago de radares chinos. *EL UNIVERSO*, pág. 12.
- EL UNIVERSO. (18 de 06 de 2012). *Ecuador, 38 empresas Chinas están en áreas estratégicas y construcción*. Recuperado el 25 de 07 de 2013, de <http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/ecuador-38-empresas-chinas-estan-en-las-areas-estrategicas-y-construccion>
- ELMIR, F. P. (2009). *El proceso Constitucional de Aprobación de Tratados Internacionales*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- EMBAJADA DE ECUADOR. (2013). *Informe de Resultados en China*. 17: 02.
- EPMMOP. (2012). *LICO-EPMMOP-010-2012*. Quito: EPMMOP.
- FEDECAMARAS. (21 de 02 de 2001). *Geografía Económica*. Recuperado el 29 de 07 de 2013, de <http://www.radiofeyalegriaeducom.net/pdf/MD-2do-S5-GeografiaEconomica.pdf>
- GAVIRIA, E. (1988). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Terceris.
- GONZÁLEZ, R. (2011). *Diferentes Teoría del Comercio Internacional*. Quito: ICE.
- GONZALO, M. (2011). *Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la Globalización*. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- HOLGUÍN, D. J. (1998). *Manual de Derecho Internacional Privado ecuatoriano*. Cuenca: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- SERCOP. (2012). *SERCOP RE-MT-CZ5-041-2012*. Quito: SERCOP.
- SERCOP. (12 de 09 de 2012). *La Institución*. Recuperado el 21 de 08 de 2013, de <http://portal.compraspublicas.gob.ec/SERCOP/la-institucion/>
- SERCOP. (23 de 11 de 2011). *Prefectura del Guayas*. Recuperado el 08 de 08 de 2013, de <http://www.guayas.gob.ec/requisitos-para-habilitacion-del-rup-registro-unico-de-proveedores>
- SERCOP. (2013). *Rendición de Cuentas 2012*. Quito: SERCOP.
- SERCOP. (2009). *RESOLUCIÓN SERCOP 016-09*. Quito: SERCOP.
- SERCOP. (2013). *RESOLUCIÓN SERCOP 2013-0000089*. Quito: SERCOP.
- SERCOP. (2009). *RGLOSNCP*. QUITO: SERCOP.
- SERCOP. (2009). *RGLOSNCP*. En SERCOP. Quito: SERCOP.

- SERCOP. (15 de 08 de 2011). *RGLOSNCV Vigente e Histórico*. Recuperado el 05 de 08 de 2013, de http://portal.compraspublicas.gob.ec/SERCOP/cat_normativas/reglamento
- IVANEGA, M. (23 de 08 de 2011). *Derecho Administrativo*. Recuperado el 25 de 07 de 2013, de <http://alumnosmdag.blogspot.com/2011/08/concepto-clasificacion-y-contenido-del.html>
- KINGSBURY, B. (2010). *El Surgimiento del Derecho Administrativo Global*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- LA RED. (16 de 07 de 2013). Bloomberg Asegura Apoyo Legal para Uruguay ante Litigio Contra Philip Morris. *LR21* , pág. 23.
- LEXIS. (1999). *Código Sánchez Bustamante*. Quito: LEXIS.
- LEXIS. (2013). *DECRETOS EJECUTIVOS VIGENTES Y DEROGADOS*. Quito: LEXIS.
- McCRUDDEN, C. (2007). *Responsabilidad Empresarial y Contratación en el Sector Público*. Miami: Cinca.
- MEDINA, H. (2012). El Alcance del Orden Público Internacional. En H. Medina, *El Alcance del Orden Público Internacional* (pág. 27). Nueva York: M&P.
- MONROY, M. (1995). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Termis.
- NACIONES UNIDAS. (09 de 06 de 2012). *Colaborando por un Mundo Mejor*. Recuperado el 19 de 08 de 2013, de <http://business.un.org/es/documents/7432>
- NACIONES UNIDAS. (07 de 01 de 2013). *Colaborando por un Mundo Mejor*. Recuperado el 10 de 08 de 2013, de <http://business.un.org/es/documents/4522>
- NACIONES UNIDAS. (02 de 07 de 2012). *Comercio Internacional*. Recuperado el 28 de 07 de 2013, de ocw.uned.ac.cr/...comercio-internacional/.../presentacion-organismos
- OIT. (01 de 11 de 2002). *Informe OIT*. Recuperado el 11 de 07 de 2013, de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907116
- OMC. (1994). *Acuerdo de Contratación Pública*. Bruselas: OMC.
- OMC. (08 de 24 de 2012). *Miembros del ACP*. Recuperado el 12 de 08 de 2013, de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm
- OMC. (06 de 05 de 2013). *Regional Trade Agreements Information Systems*. Recuperado el 01 de 08 de 2013, de <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>
- PAREDES, T. (2000). *EL PERJUICIO ECONÓMICO Y LA CULPA COMO ELEMENTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ESTABLECIDA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DENTRO DEL ÁMBITO DE LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL*. Quito: Don Bosco.
- PGE. (31 de 01 de 2013). *Institución*. Recuperado el 12 de 08 de 2013, de <http://www.pge.gob.ec/es/procuraduria/mision-vision-objetivos.html>
- PROCORDOVA. (2009). *Contratación Pública Internacional*. Córdoba: ONU.
- PURROY, J. (2012). Una Crítica al Utilitarismo. *Vanguardia* , 7.
- REINOSO, A. (2005). *La Importancia del Control Interno Frente a los Lineamientos de Precios de Transferencia, Acuerdos Anticipados y Tratados Internacionales para Fines Tributarios en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simon Bolívar.
- RSA. (01 de 08 de 2013). *Asamblea Nacional Somete el Pleno*. Recuperado el 23 de 08 de 2013, de

- <http://www.asambleanacional.gob.ec/2013080110361/pleno-se-allano-a-la-objecion-del-ejecutivo-al-proyecto-de-ley-de-la-funcion-de-transparencia-el-comite-de-coordinacion-podra-establecer-su-reglamento.html>
- RUMAZO, L. M. (30 de 03 de 2013). El SNCP. (P. Salvador, Entrevistador)
- SALVADOR, J. (2005). *Régimen Aplicable a los Controles Estatales de las Administraciones Privadas de las Emprsas Públicas*. Mafrid: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ, S. (21 de 12 de 1989). *Utilitarismo*. Recuperado el 13 de 08 de 2013, de <http://mercaba.org/DicPC/U/utilitarismo.htm>
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE MÉXICO. (16 de 06 de 2010). *PROMÉXICO*. Recuperado el 01 de 08 de 2013, de http://www.promexico.gob.mx/es_us/promexico/Beneficios_de_los_tratados_comerciales_apertura_comercial
- SHACKLETON UNIVERSITY. (30 de 06 de 2013). *SRS HACKLETON*. Recuperado el 23 de 08 de 2013, de <http://www.srshackleton.com/expertise/public-international-law/>
- SITIO CONTABLE. (21 de 12 de 2011). *SITIO CONTABLE*. Recuperado el 27 de 07 de 2013, de <http://www.sitiocontable.net/2011/12/21/control-publico-concepto/>
- SNTCS. (13 de 03 de 2013). *Transparencia*. Recuperado el 15 de 08 de 2013, de http://www.transparencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/12/CODIGO_ETICA_.pdf
- TRADEMAP. (09 de 04 de 2013). *TRADE MAP*. Recuperado el 21 de 07 de 2013, de www.trademap.org/Country_SelCountry_TS.aspx
- UNIÓN EUROPEA. (10 de 11 de 2008). *SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*. Recuperado el 01 de 08 de 2013, de http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/index_es.htm
- VARGAS, M. (30 de 06 de 2009). *Marianel Blogspot*. Recuperado el 21 de 07 de 2013, de <http://marianela789.blogspot.com/2009/06/convenios-internacionales-que-tiene-el.html>
- VASALLO, J. (2010). *Infraestructura Pública y Participación Privada: Conceptos y Experiencias en América y España*. Quito: CAF.
- VILLAROEL, D. (2011). Derechos de los Tratados en las Constituciones de América. En D. Villaroel, *Derechos de los Tratados en las Constituciones de América* (pág. 7). Quito: Don Bosco.
- WORDREFERENCE. (01 de 01 de 2002). *WORDREFERENCE*. Recuperado el 26 de 07 de 2013, de www.wordreference.com